

DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**ENTRE O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO: UMA ANÁLISE INSTITUCIONAL
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Maria do Rosário Arruda de Oliveira

Orientador: Doutor Pedro Trovão do Rosário

Número da candidata: 30004477

Dezembro de 2023

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a todos aqueles que contribuíram de forma direta ou indireta para a conclusão do presente trabalho, em especial à minha família, minhas amigas Carolinna Lima, Luiza Macedo e Eduarda Cunha, e ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, pela orientação, dedicação, e partilha de conhecimentos durante a realização desta dissertação.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a partir das construções doutrinárias sobre o conceito do ativismo e autocontenção judicial no exercício da fiscalização de constitucionalidade os comportamentos do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, a fim de verificar a possibilidade de classificá-los enquanto instituições ativistas ou autocontidas. Para isso, o estudo parte da metodologia dedutiva e dos métodos histórico e comparativo, por meio de uma análise teórico-doutrinária e jurisprudencial, a fim de realizar um cotejo sobre a fiscalização de constitucionalidade exercida pelos Tribunais estudados. A pesquisa foi dividida em três partes. No primeiro momento, será realizada uma análise sobre a fiscalização de constitucionalidade. Na segunda parte, a pesquisa será guiada à luz da doutrina portuguesa e brasileira que se ocupam da temática, a fim de analisar fragmentos do controle de constitucionalidade de cada país e da competência de cada Corte Constitucional. Na terceira, a investigação dedica-se a abordagem das peculiaridades do ativismo e da autocontenção judicial. Nesta última parte, são ainda apresentadas decisões paradigmáticas das Cortes constitucionais de Portugal e do Brasil, examinando a jurisprudência selecionada dos dois tribunais estudados com base nas construções teóricas relacionadas ao ativismo e autocontenção judicial, para identificar o comportamento de cada Tribunal. Com base neste contexto, conclui-se que não obstante a existência de traços peculiares próprios dos sistemas de fiscalização e do modelo institucional atribuído a cada Corte, verifica-se, a partir das decisões estudadas, a caracterização da autocontenção judicial no Tribunal Constitucional Português e do ativismo do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Fiscalização de Constitucionalidade; Ativismo; Autocontenção Judicial.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the behavior of the Portuguese Constitutional Court and the Federal Supreme Court in the exercise of constitutional jurisdiction, based on doctrinal constructions on the concept of activism and judicial self-restraint in the exercise of constitutionality review, in order to verify the possibility of classifying them as activist or self-restrained institutions. To this end, the study uses deductive methodology and historical and comparative methods, through a theoretical-doctrinal and jurisprudential analysis, in order to compare the constitutionality review exercised by the Courts studied. The research is divided into three parts. In the first part, an analysis of constitutionality review will be carried out. In the second part, the research will be guided by Portuguese and Brazilian doctrine on the subject, in order to analyze fragments of constitutionality control in each country and the competence of each Constitutional Court. In the third part, the research focuses on the peculiarities of judicial activism and self-restraint. In this last part, paradigmatic decisions from the constitutional courts of Portugal and Brazil are also presented, examining selected case law from the two courts studied based on the theoretical constructs related to judicial activism and self-restraint, in order to identify the behavior of each court. Based on this context, it is concluded that, despite the existence of peculiar features of the review systems and the institutional model attributed to each Court, the decisions studied show the characterization of judicial self-restraint in the Portuguese Constitutional Court and activism in the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Review of the constitutionality; Activism; Judicial self-restraint.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – AS RAÍZES DO CONSTITUCIONALISMO E OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	9

1.1. Notas introdutórias sobre a história da jurisdição constitucional e do controle jurisdicional de constitucionalidade.	9
1.1.1 Montesquieu e a teoria da separação de poderes	11
1.1.2 “O Federalista” e a supremacia constitucional	18
1.1.3 As condições facilitadoras da Judicialização da Política no cenário subsequente à 2ª Guerra Mundial	23
1.2 Considerações sobre os modelos ou sistemas típicos do controle jurisdicional de constitucionalidade e os novos aportes classificatórios.....	26
1.2.1 O Caso Marbury v. Madison e o <i>judicial review</i> norte-americano.....	27
1.2.2 Kelsen e o modelo Austríaco-Europeu de controle concentrado de constitucionalidade	31
1.2.3 Modelo misto: Aproximação dos modelos paradigmáticos e o influxo no sistema constituído pelo constitucionalismo brasileiro e português	35
CAPÍTULO 2 – DO MODELO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADO EM PORTUGAL E NO BRASIL	37
2.1 Do Controle (fiscalização) de Constitucionalidade em Portugal.....	37
2.1.1 Evolução do Controle de Constitucionalidade em Portugal	38
2.1.2 Das formas ou tipos de controle de constitucionalidade.....	41
2.1.2.1 Do controle difuso de constitucionalidade.....	41
2.1.2.2 Do controle abstrato de constitucionalidade	46
2.2 O papel do TC como Órgão de Justiça Constitucional após a Constituição de 1976.....	49
2.2.1 Posição no quadro jurídico – Constitucional	49
2.2.2 Composição e nomeação dos juízes constitucionais.....	50
2.2.3 O alcance da decisão do Tribunal Constitucional em sede de controle de constitucionalidade concreta e abstrata.....	53
2.2.4 A questão do recurso de amparo ou da queixa constitucional e a proteção dos direitos fundamentais	56
2.2.5 A fiscalização sucessiva abstrata ou passagem do controle difuso para o abstrato .	58
2.3 Do Controle (fiscalização) de Constitucionalidade no Brasil	60
2.3.1 Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil	60
2.3.2 Das formas ou tipos de controle de constitucionalidade.....	62
2.3.2.1 Do controle difuso de constitucionalidade.....	62
2.3.2.2 Do controle abstrato de constitucionalidade	65
2.4 O papel do Supremo Tribunal Federal como órgão da Justiça Constitucional pós-1988	68
2.4.1 Posição jurídico – Constitucional	68
2.4.2 Composição e nomeação dos Ministros do STF	70
2.4.3 O alcance da decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade	71

2.4.4 A questão da abstrativização do controle difuso e a mutação constitucional	75
2.4.5 Do recurso extraordinário e da proteção dos direitos fundamentais.....	78
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL E DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NA JURISDIÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA.....	81
3.1 Ativismo judicial: uma expressão multifacetada e contingencial	81
3.1.1 Origem e as distintas manifestações do conceito.....	81
3.1.2 Dimensões do ativismo judicial	85
3.2 Autocontenção ou autorrestrrição judicial	88
3.2.1 Origem e expressões afins da autocontenção judicial.....	89
3.2.2 Abordagem multidimensional da autorrestrrição judicial	92
3.3 Decisões paradigmáticas do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal	95
3.3.1 Especificidades na Interpretação da Constituição portuguesa e posicionamentos do Tribunal Constitucional no estado de emergência financeira e a sua postura ativista ou autocontida	95
3.3.1.1 Acórdão n.º 396/2011	96
3.3.1.2 Acórdão n.º 353/2012	98
3.3.1.3 Acórdão n.º 187/2013	101
3.3.2 Especificidades na Interpretação da Constituição brasileira e posicionamentos do STF e a sua postura ativista ou autocontida.....	103
3.3.2.1 O caso do financiamento de campanha eleitoral – ADI 4650/DF	103
3.3.2.2 O caso da verticalização das coligações partidárias– ADI 3.685	106
3.3.2.3 O caso da fidelidade partidária - ADI 5081	108
3.4 Ativismo e da autocontenção judicial: Análise institucional da postura do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal	111
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122
Fontes Documentais	122
Bibliografia.....	123

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

art. - artigo

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO - Ação Direta de Omissão
CCB – Código Civil Brasileiro
CCP – Código Civil Português
CPC - Código de Processo Civil
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CRP – Constituição da República Portuguesa
EUA - Estados Unidos da América
LOTIC - Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
MS - Mandado de Segurança
N.º - Número
PL - Projeto de Lei
PGR - Procuradoria Geral da República
RE - Recurso Extraordinário
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TSE - Superior Tribunal Eleitoral
TC - Tribunal Constitucional Português
UE - União Europeia

INTRODUÇÃO

O presente estudo adota como tema o ativismo e a autocontenção judicial enquanto possíveis linhas comportamentais dos tribunais no exercício da revisão judicial. Nesse sentido, a partir de uma análise entre o Tribunal Constitucional Português e o Supremo Tribunal Federal, por meio do estudo de decisões paradigmáticas, pretende-se averiguar a possibilidade de classificar os comportamentos institucionais dos mesmos enquanto "ativistas" ou "autocontidos". A opção pelos referidos tribunais justifica-se em decorrência da afinidade histórico-constitucional entre os países - notadamente pelo estabelecimento do modelo de fiscalização em Portugal ter sofrido influxo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 -, do fato de ambos pertencerem à tradição romano-germânica e, por fim, por serem classificados enquanto sistemas híbridos (ou mistos).

Para isso, importante proceder com o exame das expressões do ativismo e da autocontenção judicial enquanto fenômenos relacionados ao exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais. No Brasil e em Portugal, a temática retrodescrita gerou controvérsia doutrinária sobre a delimitação do conceito desses institutos. O termo ativismo judicial, usualmente, é apresentado como uma atitude interventiva das cortes nos cenários políticos, democráticos e institucionais¹, ao passo que a autocontenção é uma postura moderada dos Tribunais, limitando a sua atividade jurisdicional para uma interpretação do direito ou que a aplicação criativa desse direito não importe em substituição da decisão política legislativa submetida a apreciação².

O judiciário assumiu respeitável protagonismo ao ter autoridade para declarar leis em desconformidade com a Constituição³, o que foi acolhido pelos ordenamentos jurídicos, especialmente nos países estudados. Verifica-se, uma transformação no exercício do controle de constitucionalidade pelas cortes constitucionais, a partir de questões políticas levadas a sua apreciação, com discursos de politização da justiça, do ativismo e autocontenção judicial, embora cercados de críticas e dúvidas sobre essa conduta positiva e a sua compatibilidade com o princípio da separação de poderes.

¹ BARROSO, Luís Roberto - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, p. 23-32.

² URBANO, Maria Benedita - **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle da constitucionalidade**. p. 154-155.

³ STRECK, Lênio Luiz - **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. p. 288-289.

A relevância do tema aqui proposto pode ser constatada a partir do problema a ser enfrentado pela legitimidade da atuação do judiciário na criação judicial do direito, nesses temas de cunho político, em resultar na violação da interdependência entre os poderes protegidos pelo constitucionalismo moderno. Nesse ínterim, vislumbra-se a importância científica em investigar se é possível atribuir um comportamento ativista ou autocontido ao Tribunal Constitucional Português e o Supremo Tribunal Federal.

O trabalho será dividido em três partes. Na primeira, serão abordadas notas introdutórias sobre o controle jurisdicional das normas, dando enfoque, respectivamente, ao modelo difuso ou estadunidense (*judicial review*) e a concepção do modelo concentrado ou austríaco-kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) ou europeu, bem como suas influências que resultaram na convergência para os atuais modelos híbridos adotados pelo sistema luso-brasileiro. Na segunda parte, procederá o estudo da fiscalização de constitucionalidade em Portugal e no Brasil, delimitando-se o tema ao objeto, a legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade, a competência do Tribunal para decidir e dos efeitos da decisão.

Por último, delimitar os conceitos do ativismo e da autocontenção judicial enquanto fenômenos da jurisdição constitucional. Para esse cotejo, a pesquisa abordará as decisões emblemáticas proferidas pelo Tribunal Constitucional Português, no período da crise financeira que atingiu o país, sobre a inconstitucionalidade de leis orçamentárias que previam cortes dos subsídios dos funcionários públicos que ilustram bem esse cenário, bem como o caso da verticalização das coligações, da fidelidade partidária e do financiamento de campanha eleitoral, julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a partir das referidas decisões, busca-se identificar se o comportamento dos Tribunais estudados pode ser classificado enquanto “ativista” ou “autocontido”, de forma a estabelecer bases teóricas capazes de auxiliar o debate de acadêmicos do Direito, juristas e cientista políticos, tendo em vista a interdisciplinaridade da temática. Destaca-se, ademais, a importância do presente estudo para a sociedade, uma vez que as decisões proferidas em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade exercem influência direta na vida da população portuguesa e brasileira.

CAPÍTULO 1 – AS RAÍZES DO CONSTITUCIONALISMO E OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. Notas introdutórias sobre a história da jurisdição constitucional e do controle jurisdicional de constitucionalidade.

A constituição pode ser definida sob dois sentidos: a) material e b) formal. Na acepção material, a Constituição possui conteúdo superior às demais leis. O aspecto formal é atributo das constituições rígidas, cujo processo legislativo de alteração é mais solene que as demais leis.⁴ Independente da acepção, todavia, é concebida como fundamento de um ordenamento jurídico e fonte de validade das outras leis que regulam um Estado, o que torna imprescindível assegurar a sua estabilidade e um processo especial de revisão de normas constitucionais.⁵

No que concerne ao histórico do movimento que fortaleceu o constitucionalismo, observa-se uma realidade na qual vigorava um Estado absolutista, onde a constituição era um mero documento político, cuja aplicação dependia do Poder Legislativo ou Poder Executivo, sem albergar nenhuma forma de controle sobre as normas⁶. A partir das manifestações constitucionais em diversos Estados, a exemplo dos Estados Unidos, Inglaterra e França⁷, de acordo com seu aspecto histórico, desenvolveu-se o atual constitucionalismo contemporâneo que, em síntese, consolidou a função jurisdicional de tutelar a norma suprema⁸.

O cenário vivenciado antes do desfecho da Segunda Guerra Mundial era a de Cartas Políticas sem força normativa, fruto de um Estado absolutista ditatorial e do protagonismo da lei emanada do parlamento como fonte principal das normas. Posteriormente, com o final do conflito mundial, em decorrência das experiências abusivas vivenciadas no período, há uma

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de direito constitucional**. p. 83-85.

⁵ KELSEN, Hans - A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Revista Direito Público**. V. I. p. 96-97.

⁶ Na literatura brasileira, ver STRECK, Lenio Luiz – **Op. Cit.** p.1-2.

⁷ Lenio Streck, por sua vez, salienta a importância do aporte doutrinário da experiência portuguesa sobre o tema supremacia constitucional, em razão do controle de atos normativos ocorridos nas Ordenações Filipinas, nos idos do século XVII, diante de uma contradição entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal, caberia ao corregedor decretar a nulidade da lei, devendo, portanto, ser apontada como referência ao lado das mencionadas matrizes americana, inglesa e francesa. STRECK, Lenio Luiz – **Op. Cit.** p.1-3.

⁸ Sobre o processo do constitucionalismo moderno, Canotilho denomina de “movimento constitucional.” Salienta o autor que não ocorreu um único movimento, ao contrário, desencadeou-se em vários Estados, a exemplo dos EUA, França e Inglaterra, embora havendo distinções características, tem por afinidade apresentar um instituto que limita poder e garante a supremacia constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p.51-52.

transformação nos países com a contenção das maiorias, especialmente os de *civil law*⁹, com o acolhimento de constituições democráticas contendo normas e institutos garantidores dos direitos fundamentais e da própria democracia¹⁰.

Assim, precisamente com o final da II Guerra Mundial e da prevalência da lei editada pelo parlamento como fonte suprema, presenciou-se a consagração da constituição com superioridade em relação aos demais atos normativos e aos poderes públicos, tornando-se relevante a instituição de mecanismos de garantias¹¹ e sanções destinados à preservação e proteção contra qualquer ofensa perpetrada à ordem constitucional, evitando-se o enfraquecimento do Estado constitucional democrático¹².

É o que se denomina de Estado constitucional de direito, onde a constituição é o centro de todas as normas que além de discipliná-las juntamente com a atuação estatal, impõe limites com a supremacia judicial na interpretação das normas constitucionais¹³. Há, nesse sentido, uma transformação na atuação jurisdicional¹⁴ que se torna protagonista no Estado moderno e constitucional, quando antes era pouco relevante na atuação estatal¹⁵.

Dentre os meios de proteção da constituição, tem-se a assertiva da separação dos poderes, os limites ao processo legislativo de alteração e revisão constitucional¹⁶, a vinculação de todos os poderes públicos e na possibilidade de controle político e jurisdicional da Constituição¹⁷. Entretanto, a partir da força normativa e vinculante da Carta suprema, firma-se

⁹ A doutrina apresenta dois sistemas jurídicos: os sistemas da *civil law* e da *common law*. O primeiro se refere a família romano-germânica que integra países que recepcionaram as normas do direito romano-germânico, a exemplo de Portugal e Brasil, sendo que este último decorre da colonização portuguesa. O sistema da *common law* decorre do direito inglês e fundamenta-se nos precedentes dos tribunais, frutos dos costumes e da casuística levada a julgamento. Sobre o tema, confira-se OLIVEIRA, Ana Carolina - Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. **Revista Direito Público**. V. 12. p.110-115.

¹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz - A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. V. 13. p. 42-63.

¹¹ Em sentido próximo, Hans Kelsen afirma que as garantias constitucionais destinam a assegurar a regularidade e a compatibilidade das regras inferiores a Constituição. KELSEN, Hans. – **Op. Cit.** p.93.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p.887-888.

¹³ BARROSO, Luís Roberto - Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**. V. 18. p. 4-5.

¹⁴ Ver, para tanto, ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo?. **Revista de Derecho UNED**. N.º 16. p. 715.

¹⁵ Em sentido próximo, a literatura de Rodrigo Brandão, salienta esse momento como de sendo de expansão do judiciário por ser considerado um órgão contramajoritário, ou seja, que tem a função principal de proteger as democracias contemporâneas. BRANDÃO, Rodrigo - **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. p. 7-8. Para melhor compreensão sobre a temática, bem como a diferença entre *judicial review* e *judicial supremacy*, ver também RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; ROSÁRIO, Pedro Trovão do; VIANA, Pedro Nilson Moreira - Uma abordagem conceitual da teoria do diálogo institucional na jurisdição constitucional portuguesa. **Galileu: Revista de Direito e Economia**. V. 20. p. 7-36.

¹⁶ URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.13.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p.897-898.

a justiça constitucional como importante instituto de garantia da aplicação e da efetividade da norma fundamental¹⁸.

A justiça constitucional é compreendida como um instrumento de controle jurisdicional da subordinação e respeito ao texto constitucional, realizado por tribunais especializados ou ordinários, seja de forma concentrada ou difusa¹⁹. Encontra-se interligada à supremacia da constituição como mecanismo de defesa a partir da análise de todas as espécies de normativas em face da constituição.

Essa relevância é ainda mais destacada no pensamento de Lenio Luiz Streck²⁰, quando afirma que partindo do valor normativo supremo da Constituição, a jurisdição constitucional se torna indispensável para o desenvolvimento do Estado de Direito e das instituições democráticas²¹. Desse modo, extrai-se que o marco teórico da justiça constitucional decorre do constitucionalismo moderno, pós-guerra, com valorização da função do judiciário (justiça constitucional), em assegurar a norma suprema e o próprio Estado de Direito.

Assim, objetiva-se na primeira parte do trabalho fazer um recorte das principais raízes do constitucionalismo e dos modelos de controle de constitucionalidade, para, em seguida, examinar os modelos adotados por Brasil e Portugal.

1.1.1 Montesquieu e a teoria da separação de poderes

O constitucionalismo moderno possui importantes antecedentes históricos e encontra-se ancorado em preceitos que são a essência da formação do Estado de Direito. Dentre eles, a separação de poderes. Na síntese acertada de Maria Benedita Urbano, a divisão de poderes corresponde à pedra de toque do controle de constitucionalidade moderno por ser um mecanismo de equilíbrio no exercício do poder.²²

Neste ponto, cumpre esclarecer que a origem da estruturação em poderes na organização do Estado é encontrada desde a antiguidade, tendo alcançado a sua plenitude na Grécia²³,

¹⁸ URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.13-14.

¹⁹ Conceito apresentado por Manuel Aragón Rey (Estudios de Derecho Constitucional, 2ªed. Madri, 2009. p. 237-8), citado e perfilhado por URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.14-16.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz - Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil - **Novos estudos jurídicos**. V. 8. p. 250-302.

²¹ Nesse exato sentido, Canotilho chama atenção para a conexão existente entre o constitucionalismo contemporâneo e a jurisdição constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p.887-893.

²² URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p. 21. Em sentido semelhante, Reinhold Zippelius dispõe que a separação de poderes é fundamental a formação do Estado de Direito e também corresponde a um instrumento de limitação ao totalitarismo. ZIPPELIUS, Reinhold - **Teoria Geral do Estado**. p. 367 – 462.

²³ BOBBIO, Norberto - **A teoria das formas de governo**. p. 39-65.

consoante o exemplo da clássica teoria de Aristóteles que apresentava em sua obra “A política” a distinção de três funções no exercício da *polis*²⁴, bem como da evolução defendida por John Locke no Segundo Tratado do Governo Civil, no final do século XVII, sobre a repartição de funções²⁵.

Todavia, a par da existência de outras correntes teóricas, a efetivação da separação de poderes como um pressuposto de equilíbrio e de instrumento de garantia ao Estado de Direito²⁶, ocorreu em razão da influência do pensamento iluminista, evidenciado na doutrina de Charles de Montesquieu, “O Espírito das Leis, ” que foi desenvolvido na égide do liberalismo clássico, baseado na divisão tríplice do poder estatal, cuja formulação teórica detém maior consolidação no constitucionalismo contemporâneo²⁷.

A tese desenvolvida por Montesquieu encontra fundamento no modelo adotado na Inglaterra, inclusive com influência da obra de John Locke. Porém, o que diferencia deste último é que a sua fórmula de organização de poderes, propõe uma separação de funções estatais em distintas instituições como forma de facilitar a proteção das liberdades e direitos fundamentais²⁸.

Na concepção consolidada por Montesquieu, extrai-se a defesa pela liberdade como um valor imprescindível à sociedade. A noção de liberdade defendida estava retratada conforme a

²⁴ Leciona José Alfredo de Oliveira que no pensamento de Aristóteles, o sistema de poderes era exercido por três funções, quais sejam, a função deliberativa, uma função executiva e uma função judicial. BARACHO, José Alfredo de Oliveira - Teoria geral das formas políticas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. V. 29. p. 56-79.

²⁵ Apesar de John Locke proceder a divisão de poder em três funções, o seu pensamento se afastou da ideia apresentada na antiguidade, apresentando a repartição das funções em legislativa, a executiva e a federativa, sendo incumbindo as duas últimas ao mesmo órgão, competindo a administração do interesse do Estado na esfera externa ao poder federativo, enquanto que a função executiva competia a administração e execução das leis internas. Nesse sentido, ver LOCKE, John - **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. p.171-172.

²⁶ Nesse sentido, ver o trecho da obra de Nuno Piçarra: “Tradicionalmente entendida como tendo por objetivo a limitação ou a moderação do poder político e a garantia da liberdade, a doutrina da separação dos poderes entronca perfeitamente, numa das vertentes basilares da Filosofia Política e da Teoria do Estado ocidentais, a qual remonta à Antiguidade greco-romana. Mais concretamente, é a teoria da constituição mista que constitui a sua raiz histórica remota”. PIÇARRA, Nuno - **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. p. 17.

²⁷ A separação de poderes é considerada um importante marco no Estado de Direito. Atribui-se a Aristóteles a primeira concepção de partilhar poder conforme a função exercida no Estado. Entretanto, com o sobrepujamento do Estado absolutista e a partir das ideias de John Locke com a experiência inglesa, quando atribuiu a função legislativa ao parlamento, e a função executiva ao rei. Com efeito, a partir da mesma base inglesa, Montesquieu defende o seu modelo de divisão de poderes (executivo, legislativo e judiciário), que deveriam ser conferidos a órgãos distintos. Os postulados de Montesquieu e da adoção da separação dos poderes, foram sendo incorporados como princípios de organização nas constituições, constituindo um verdadeiro expoente do constitucionalismo moderno e do Estado democrático de Direito. Sobre este tema, ver LIMA, Flávia Danielle Santiago - A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu. **Revista da AGU**. V. 6. p.1-10.

²⁸ Embora a concepção de John Locke tenha contribuído para a construção da teoria de Montesquieu, a sua teoria não desenvolveu concretamente o princípio da separação de poderes, uma vez que preconizou um governo limitado, com fundamento no poder legislativo supremo, inclusive com subordinação do próprio executivo e sem atribuir um poder genuíno ao judiciário. O desenvolvimento do princípio consolidou-se com a teoria de Montesquieu. Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto - **Locke e o direito natural**. p. 233-234.

realidade daquela sociedade e encontra-se vinculada à ideia de segurança ao cidadão²⁹, na garantia de um governo sem a concentração de poder e na existência de diferentes funções estatais confiadas a distintas instituições³⁰.

A construção trazida na obra do Espírito das Leis parte da diferenciação das formas de governo em monarquia, república e despotismo, analisando em cada tipo o seu princípio de agir, bem como o funcionamento dos poderes. Nesse sentido, dispõe o autor que, em qualquer regime adotado, não se pode conceber um detentor único de poder, em razão da possibilidade de abuso do mesmo, o que impõe através do princípio da divisão dos poderes a necessidade de controle e moderação no exercício do governo³¹.

Nessa senda, Montesquieu expressa o seu pensamento sobre a aplicação do princípio em cada tipo de governo. Para o autor, na república o princípio seria a virtude, a monarquia é sustentada pela honra e o temor é a referência do governo despótico. A partir dessa compreensão, Montesquieu defende a incompatibilidade na aplicação da separação das funções no modelo despótico, em razão da concentração de poder e não submissão a princípios e regras. Na república, embora reconheça a adoção do princípio, não desenvolve de forma detalhada a sua aplicação³².

²⁹ Neste preciso sentido, Krause explica que na teoria de Montesquieu, a noção de liberdade não estava atrelada a liberdade política, mas a proteção da individualidade entre os cidadãos em suas relações privadas. SHARON, Krause - **The Spirit of Separate Powers in Montesquieu. The Review of Politics**. V.62. p. 231-265. Em sentido próximo, Nuno Piçarra afirma que o conceito de liberdade defendida pelo autor francês encontra-se atrelado ao de legalidade, ou seja, o direito do homem de fazer tudo que se permite dentro da lei. PIÇARRA, Nuno – **Op. Cit.** p.13-14

³⁰ Para redigir essa introdução ao pensamento de Montesquieu, adota-se a síntese de Carlos Blanco de Moraes que apresenta como pontos dominantes da teoria do autor, os seguintes: 1) A liberdade como ideia de segurança; 2) A liberdade é marcada pela noção de privilégio, em razão da sociedade da época ser, essencialmente aristocrática e por esta razão há afirmações de que o autor não seja um democrata; 3) A concretização da liberdade necessita de um governo dividido em classes de poder e que não se concentrem em única pessoa; 4) Por fim, o ideal de liberdade pressupõe um governo moderado e com esses poderes divididos e executados por distintos titulares. MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito Constitucional. Tomo II**. p. 77-79. Veja-se, a propósito, no mesmo sentido o seguinte trecho da obra de Paulo Bonavides: “Todo prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realzas absolutas. O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado”. BONAVIDES, Paulo - **Ciência política**. p.142-143.

³¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet dá-nos conta de que “o regime político moderado ganha a predileção de Montesquieu, que o define como aquele cuja Constituição é capaz de manter poderes diferenciados e, ao mesmo tempo, equilibrados”. Segundo os autores citados somente sob um regime moderado haveria a liberdade política. Sobre a temática, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 64-66. Em sentido próximo, ver CAETANO, Marcelo - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional - Tomo I**. p.192-193.

³² Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da obra de Montesquieu: “Existem três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. O governo republicano é aquele em que o povo, como um só corpo, ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano; o governo monárquico é aquele em que um só governa, de acordo, entretanto, com leis fixas e estabelecidas; e, no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer a leis e regras, submete tudo à sua vontade e caprichos. Quando, em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do

Por outro lado, é na forma monárquica que o autor trabalha a sua teoria de distribuição das funções, a partir da análise do modelo constitucional inglês visando o controle da monarquia absolutista para proteger a liberdade individual e o exercício do poder.³³ Nesse prisma, uma das dimensões importantes da concepção do autor para concretizar a garantias dessa liberdade é a limitação do poder pelo próprio poder, mediante a estruturação em funções confiadas a distintos titulares³⁴.

Nesse passo, a partir da teorização do filósofo francês, estabelece-se uma doutrina de separação de poderes sistematizada harmonicamente, distinguindo as funções estatais que eram reunidas em um único detentor de poder para o exercício em diversos titulares, de forma equilibrada e vinculada a um sistema de controle recíproco dos poderes interdependentes para impedir o abuso de poder e garantir um funcionamento estável do Estado e a proteção aos direitos fundamentais³⁵. É importante ressaltar que, essa interpretação dada por Montesquieu sobre a necessidade da existência de um governo moderado e a noção de separação de poderes para que nenhum prevaleça sobre o outro dentro do sistema organizativo do Estado foi também acompanhada pelo constituinte francês e inserido no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa³⁶, posteriormente replicadas nas constituições ocidentais, o que será visto adiante.

Feitas as considerações do pensamento de Montesquieu no tocante à necessidade de governo moderado e da própria separação de poderes, passa-se à análise concreta da estruturação proposta pelo autor francês de cada função desempenhada e os seus limites de atuação.

Na concepção funcional de Montesquieu, o Estado encontra-se dividido em três poderes com atribuições distintas e separadas³⁷. Nesse prisma, identifica-se o Legislativo, Executivo e Judiciário (ou poder de julgar), distribuídos a diferentes titulares que atuam de forma independente, porém com a possibilidade de controle recíproco para conferir um maior

povo, trata-se de uma aristocracia”. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat - **Do espírito das leis** - Trad. Jean Melville. p.23-24.

³³ RANGEL, Paulo Castro - **Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos**. p. 109-111.

³⁴ Expressão utilizada por Montesquieu em sua obra, “Para que não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”. MONTESQUIEU– **Op. Cit.** p.164-165. Ver também, OTERO, Paulo - **Direito Constitucional Português. Tomo II**. p. 13-14.

³⁵ Nesse sentido, explica Francisco Weffort, “A separação de poderes da teoria de Montesquieu teria, portanto, outra significação. Trata-se, dentro dessa ordem de ideias, de assegurar a existência de um poder que seja capaz de contrapor outro poder”. WEFFORT, Francisco - **Os clássicos da política: I**. p.119-120.

³⁶ Veja-se o artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Ver em CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 61-62.

³⁷ Nesse sentido, Canotilho discorre que “No célebre Livro XI do *Esprit des Lois*, Montesquieu desenvolveu a famosa doutrina de que todo o bom governo se devia reger pelo princípio de divisão dos poderes: legislativo, executivo e judiciário. Idem – **Op. Cit.** p. 581.

equilíbrio nas relações entre os poderes, mantendo-se o poder uno e indivisível³⁸. É importante ressaltar, contudo, que essa repartição em poderes não implica na independência absoluta entre eles, uma vez que o poder é único e indivisível, mas a sua formatação em distribuição de competências é um instrumento de controle para que não haja uma concentração em único titular e para manter o equilíbrio interpoderes, evitando-se que um poder não sobreponha ao outro³⁹. O que posteriormente passou a ser chamado de sistema de autocontenção denominado de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁴⁰.

A partir dessa configuração tripartite, o Poder Legislativo tem a função legiferante e representa a vontade do povo, mediante dualidade do parlamento representada pela câmara dos nobres e dos os representantes do povo (câmara baixa). O poder executivo detinha a função de executar as leis do parlamento e era confiado ao Monarca, em razão da necessidade de uma decisão ou ação rápida no exercício dessa atribuição, o que não poderia ser entregue a várias pessoas, como é feito no legislativo⁴¹. Entre esses poderes havia uma relação de controle para evitar abusos na produção de leis ou na formação de déspota com a atuação do monarca. Nesse contexto, o executivo não detinha o poder de legislar, mas poderia efetuar veto e convocação de reuniões do próprio parlamento. Por sua vez, o poder legislativo, embora não pudesse

³⁸ Ao analisar a doutrina de Montesquieu, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet dispõe que: “Daí a separação entre os Poderes, para que um contenha o outro. Esses Poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e Executivo das que dependem do direito civil. Sobre os dois “Executivos”, Montesquieu diz: “chamaremos este último o poder de julgar. (...) A separação dos Poderes tem por objetivo político reparti-los entre pessoas distintas, para, por esse meio, impedir a concentração, adversária potencial da liberdade. A teoria se compreende “segundo a moldura do conflito clássico entre liberdade e autoridade (...) método lucubrado para a consecução de um fim maior: limitar o poder político”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 64-65.

³⁹ Confira-se também, MORAIS, Carlos Blanco – **Op. Cit.** p. 77. Sobre o poder ser uno, Canotilho faz interessante comentário, “não se trata de dividir o poder soberano, cujo titular é apenas o povo, mas da separação das funções do Estado e da sua ordenação e distribuição por vários órgãos de soberania”. CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa: anotada.** p.45.

⁴⁰ A doutrina de Montesquieu defendia a distribuição de competências a centros distintos com a finalidade de impedir a concentração de poder em único órgão e coibir o abuso de poder. Outro ponto importante que se destaca é o sistema de controle recíproco entre os poderes, incorporado a sua teoria e com a contribuição do autor Bolingbroke, sobre o sistema denominado de freios e contrapesos (*checks and balances*) que foi melhor desenvolvido e reconhecido na obra “*The Federalist*”, por autores norte-americanos. BONAVIDES, Paulo - **Teoria do estado.** p. 268-269. Em sentido próximo, Piçarra, ensina que os ensinamentos de Montesquieu foram reproduzidos por toda Europa continental e, nos Estados Unidos da América, tendo influenciado a criação do sistema de freios e contrapesos. Prossegue o autor afirmando que “a prática constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles.” PIÇARRA, Nuno – **Op. Cit.** p. 184.

⁴¹ Confira-se o trecho do artigo de Luís Gustavo Mello Grohmann sobre a explicação de cada função na arquitetura da teoria tripartite: “Marcado pelo contexto de sua época, a distribuição desses poderes entre diferentes corpos observará os atores sócio-políticos existentes. O Executivo ficaria nas mãos do monarca, o Legislativo nas dos nobres e dos representantes do povo, e o Judiciário em tribunais temporários do povo. É a física do poder. A relação entre setores sociais e constituição dos poderes é inequívoca; por isso a separação do Legislativo em dois corpos, um plebeu e outro nobre, como uma forma de proteger os últimos, obtendo dessa maneira a moderação do Legislativo frente ao Executivo”. GROHMANN, Luis Gustavo - A separação de poderes em países presidencialistas. A América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia Política.** N. ° 17. p. 75-106.

interferir na execução ou administração do executivo, poderia fiscalizar a sua atuação. Esse mecanismo de limitação de atuação visava manter a harmonia e o equilíbrio entre os poderes⁴².

Quanto ao poder judicial, confiava-se o monopólio da jurisdição aos juízes com mandato temporário e escolhidos por pessoas do povo, procedendo os julgamentos conforme a classe social do julgador e dos jurisdicionados, respeitando a forma estratificação social, para que integrantes de um mesmo estamento seja julgado por seu par⁴³. Apesar do autor francês preconizar um poder independente e autônomo com relação aos demais, a sua competência estava vinculada a aplicação da lei sem qualquer função constitutiva do direito⁴⁴. Nessa contextura, caberia ao poder judiciário a administração da justiça, bem como a função de julgar os litígios, promovendo a proteção da liberdade individual e a paz social, porém reproduzindo a lei aprovada pelo legislador.

Nessa formulação, observa-se que dentre os três poderes, um papel proeminente dado ao poder legislativo, enquanto o poder judiciário assume um caráter secundário com uma função meramente mecânica de declarar a lei, muito embora, considere-se um ineditismo na teoria do autor francês com relação às anteriores, essa elevação da função judicante a uma posição de verdadeiro poder estatal. Uma razão explicativa do autor para a importância do parlamento advém da perspectiva de representatividade da vontade geral daquele poder (formado por nobres e membros eleitos pelo povo) na produção legislativa, o que tornaria o judiciário vinculado à decisão política tomada e convertida em lei.⁴⁵

Nessa esteira, apesar da previsão da separação de poderes em correntes anteriores, inclusive do antecessor John Locke, a abordagem trazida pelo pensamento jurídico de Montesquieu avançou ao delinear um modelo de organização do poder político, dividido em três funções específicas, confiados a órgãos distintos do Estado, propondo uma atuação

⁴² Como assinalado por Canotilho, “reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto*; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Camará dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Camará Alta sob acusação da Camará Baixa.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p.283.

⁴³ A atuação do judiciário era de acordo com a classe social. Os nobres eram julgados de forma especial e por sua categoria política e social. Nesse modelo, o executivo era julgado pelos nobres do Legislativo, o que resultaria em acordo entre as classes. Nesse sentido, ver GROHMANN, Luis Gustavo - A separação de poderes em países presidencialistas. A América Latina em perspectiva comparada – **Op. Cit.** p. 75-106. RANGEL, Paulo Castro - **Op. Cit.** p. 121.

⁴⁴ Tradicionalmente as doutrinas de separação de poderes não dispensaram importância ao judiciário e apresentavam somente o executivo e o legislativo. A separação, em Montesquieu, acrescentou a função judicial, porém com atuação limitada e adstrita a letra da lei. Apesar da sua obra defender uma separação orgânico-funcional em relação aos outros poderes, o judiciário era concebido com uma ideia mecanicista de reprodução das decisões do legislativo, em forma de lei, impossibilitando a criatividade na elaboração das decisões judiciais. PIÇARRA, Nuno - **Op. Cit.** p. 96-97.

⁴⁵ RANGEL, Paulo Castro- **Op. Cit.** p. 296.

harmônica e equilibrada entre os poderes, bem como visando uma eficiência no desempenho estatal e na proteção de liberdades⁴⁶. Ademais, é a partir da clássica doutrina do autor, que o judiciário ascende como um poder autônomo, embora com uma atuação diminuta de declarar a lei, porém representando uma inovação ao conferir uma competência específica à função judicial, bem como consolidando a sua teoria de tripartição dos poderes que exerceu influência na formação do constitucionalismo contemporâneo⁴⁷.

Efetivamente, a teoria da separação de poderes desenvolvida na obra do Espírito das Leis, inspirou outros autores, bem como repercutiu nos movimentos revolucionários do final do século XVIII a inserção do postulado, adaptando a realidade de cada país, porém mantendo-se a essência da doutrina, resultando no acolhimento do princípio nas primeiras constituições escritas, a exemplo da formação do Estado de Direito norte-americano⁴⁸, bem como nas constituições brasileira de 1824 e portuguesa de 1822⁴⁹, o que será abordado no tópico a partir da importância do federalismo. Decerto que o modelo de sistematização das relações de poder defendido por Montesquieu, embora sujeito a críticas⁵⁰, desempenhou um papel primordial para difundir a separação de poderes como um princípio constitucional estruturador do Estado de

⁴⁶ A doutrina de Locke não reconheceu a função judicial como um poder autônomo. Ver WEFFORT, Francisco - **Op. Cit.** p. 87. Ver também, a nota 32 sobre a divisão defendida pelo autor.

⁴⁷ A concepção que Montesquieu sobre o judiciário era de um poder neutro, nulo e sem desempenhar uma função criativa do direito, limitando-se a subsunção dos fatos a norma. Cite-se LEAL, Roger Stiefelmann - **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** p.10-11. Em sentido próximo, Canotilho ao interpretar a doutrina do francês dispõe que “os juízes eram apenas «a boca que pronuncia as palavras da lei” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e Teoria da Constituição-** **Op. Cit.** p.283.

⁴⁸ O pensamento de Montesquieu exerceu influência no constituinte norte-americano, bem como exerceu enorme contributo na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789. As concepções descritas nas primeiras constituições escritas sobre o princípio da separação de poderes foram apoiadas nas influências de Locke, Montesquieu, Hamilton, Jefferson e Madison, o que proporcionou uma melhor edificação da teoria da separação dos poderes no constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, veja-se MORAIS, Carlos Blanco – **Op. Cit.** p. 77-81. Consoante Jorge Miranda ensina, a estruturação de cada poder na Constituição Americana de 1787 é inspirada na doutrina de Montesquieu. Nesse sentido, confira-se MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição.** p.136.

⁴⁹ Segundo Paulo Bonavides, a nossa constituição de 1824 outorgada pelo imperador sofreu influência do constitucionalismo francês, inaugura a divisão funcional e enuncia o princípio da separação de poderes no seu artigo 9º, veja-se: “Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece.” BONAVIDES, Paulo - **A evolução constitucional do Brasil. Revista Estudos avançados.** São Paulo: Universidade de São Paulo. V. 14. p. 153-176. Do lado português, a separação de poderes é princípio estruturante da Constituição de 1822, o que marca a tradição democrática e republicana, insculpido no art. 30º daquele diploma constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e Teoria da Constituição - Op. Cit.** p.299.

⁵⁰ É importante mencionar que há autores que questionam a doutrina de Montesquieu, ao considerar uma falta de ineditismo com relação as teorias anteriores, especialmente na concepção da função judicial de forma neutra e como mero aplicador da lei. Nesse sentido, pode-se citar FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - **Princípios Fundamentais do direito constitucional.** p. 255-256. CLÈVE, Clemerson Merlin - **A atividade legislativa do Poder Executivo.** p. 43-44. Entretanto, este trabalho segue a posição que defende a contribuição da doutrina sistematizada de poderes de Montesquieu para o Estado Constitucional, como instrumento de equilíbrio e controlo mútuo entre as funções. Nesse sentido, LIMA, Flávia Danielle Santiago – **Op. Cit.** p. 3-4 e URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** 21-22.

Direito e imprescindível a sua positivação em toda constituição, o que será analisado logo em seguida com a formação do federalismo americano.⁵¹

1.1.2 “O Federalista” e a supremacia constitucional

No tópico anterior, buscou-se delinear o princípio da separação de poderes a partir da compreensão da teoria idealizada por Aristóteles, bem como pelo aporte teórico dado por Locke e Montesquieu. Em sequência, a presente seção objetiva apresentar a influência que a construção doutrinária desses autores, especialmente Montesquieu, aos movimentos revolucionários americanos no final do século XVIII, que incluíram novas nuances com as propostas teóricas acrescentadas por Hamilton, Jefferson e Madison na obra “O Federalista”⁵², que assim como o preceito a separação de poderes, são referenciais históricos para a formação do constitucionalismo contemporâneo.

Inicialmente, cumpre fazer uma breve síntese sobre o debate que antecedeu ao processo de ratificação do texto constitucional americano de 1787 que impulsionou a supremacia da constituição, a partir da análise dos argumentos defendidos pelos federalistas, influenciados pelo ideário Locke e Montesquieu⁵³. Nesse contexto, o movimento revolucionário americano decorreu da ruptura do modelo confederativo e independente adotado pelas treze colônias inglesas situadas em território norte-americano para um novo arranjo político baseado na distribuição de poderes e estruturado em um Estado Federal⁵⁴.

⁵¹ Como assinalado por André Ramos Tavares, “A vinculação do constitucionalismo à separação tripartite de poderes encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789. Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdade axiomática, irrefutável”. TAVARES, André Ramos - **Curso de direito constitucional**. p. 959.

⁵² A obra intitulada de “O federalista” era a compilação de artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que assinavam sob o pseudônimo de “*Publius*” os “Federalist Papers”, em síntese sobre a independência dos Estados Unidos e da defesa da Constituição americana que foram reproduzidos em diversos jornais da época. Nesse sentido, veja-se MORAIS, Carlos Blanco – **Op. Cit.** p. 83.

⁵³ O ideário contratualista de Locke e a teoria de Montesquieu sobre a divisão de poderes de limitação na atuação dos poderes constituídos exerceu forte influência ao pensamento do constituinte americano. Veja-se, a propósito, VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar - **A separação dos poderes na Constituição Norte Americana**. p. 23-25.

⁵⁴ Após a independência das Treze Colônias, em 1776, essas regiões se uniram, sob a forma de confederação de Estados, regulada a partir de Artigos da Confederação. Ocorre que esse modelo não se mostrou forte, sem caracterizar com clareza cada função estatal. Nesse contexto, iniciou-se o debate federalista-antifederalista na Convenção Federal de 1787 em Filadélfia que tinha a finalidade de elaborar a Constituição para os Estados Unidos, de forma a substituir a Confederação. As discussões envolvendo os federalista-antifederalista decorriam da ratificação do texto constitucional, aqueles que eram favoráveis à ratificação foram chamados de “Federalistas”, pois defendiam um governo nacional (federal) e os que se posicionavam contrariamente eram taxados de antifederalistas. Nesse sentido, ver KRAMNICK, Isaac - **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. p. 9-11. Sobre o debate entre as correntes federalista-antifederalista, ver MORAIS, Carlos Blanco – **Op. Cit.** p. 82/83.

Apesar das influências importadas de outros teóricos, o movimento constitucionalista americano tem identidade própria e essa nova leitura encontra-se centrada, especialmente no pensamento referenciado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, em artigos compilados sob o título “O Federalista”⁵⁵. Esses autores, defendiam a criação de um governo centralizado, com separação de poderes, bicameralismo e representação popular em contraposição ao Estado unitário e descentralizado inerente ao regime de Confederação anteriormente adotado e abolido pelo federalismo⁵⁶.

Analisando detidamente o pensamento dos autores dos artigos federalistas, destaca-se os escritos de Madison sobre a necessidade de distribuição de propriedades, um governo pautado no fracionamento de poderes, bem como na defesa de um projeto político apoiado na representatividade estatal e popular com suas delimitações constitucionais, redefinido a partir do ideal federalista, com a finalidade de controlar os abusos (males) de grupos políticos da sociedade⁵⁷.

Nessa linha, após a Declaração de Independência de 1776, esses autores promoveram um amplo debate com a finalidade de definir um novo arranjo político mais equilibrado e que conciliasse os interesses defendidos para serem incluídos no próximo texto constitucional⁵⁸. Assim, são construídos diversos artigos em defesa de uma estrutura federalista que asseguraria a descentralização dos Estados, mediante a autonomia financeira, econômica e política a cada

⁵⁵ Apesar das influências importadas, especialmente do pensamento francês, o constitucionalismo americano, através do protagonismo desses autores apresentou uma grande contribuição com os artigos “Federalistas” que buscavam a ratificação da Constituição dos Estados Unidos após a Convenção de Filadélfia. Para melhor compreensão, veja-se a síntese da obra dos federalistas exposta por Kramnick: “A primeira seção, números 1-37, delinea em grande detalhe os problemas e inadequações dos artigos da Confederação e de confederações em geral. Ela é seguida por uma seção, números 38-51, dedicada a apresentar os princípios gerais da Constituição e investigar se esses princípios atendem ou não da melhor forma às necessidades da União. Em seguida descrevem-se os braços separados do novo governo federal: números 52-61 dedicados à Câmara dos Representantes, números 61-65 ao Senado, números 66-77 à Presidência, números 78-83 ao judiciário federal. Dois artigos conclusivos completam o todo coerente esboçado por Hamilton no nº 1, em 27 de outubro” KRAMNICK, Isaac – **Op. Cit.** p. 77).

⁵⁶ Para melhor compreensão, veja-se passagem ilustrativa do artigo federalista nº 51: “Para manter a separação de poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo, que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. Isso suposto e admitida a necessidade da rigorosa observância desse princípio, é necessário que as nomeações para as supremas Magistraturas Legislativa, Executiva e Judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade, por meio de canais que não tenham entre si a mínima comunicação; e talvez que esse modo de organizar os diferentes poderes seja menos difícil do que à primeira vista parece. ”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON James – **Os federalistas**. p. 317.

⁵⁷ Nesse sentido, extrai-se James Madison, no federalista nº 10, dispõe sobre a necessidade de coibir formação de facções que possam ser dominantes no governo, era necessário um modelo com maior representatividade, pautado no fracionamento de poderes. Idem - **Op. Cit.** p.61.

⁵⁸ Sobre a contribuição federalista, José Filomeno Moraes Filho dispõe que “inovando em relação ao monarquista Montesquieu, o federalista Madison sustenta que o gênio republicano exige não somente que o poder emane sempre do povo, mas também que aqueles a quem o poder é confiado estejam sempre na dependência do povo, tanto pela curta duração dos seus cargos quanto pelo grande número dos depositários do poder público”. MORAES FILHO, José Filomeno de - *Separação de Poderes no Brasil Pós-88: princípio constitucional e prática política*. In **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. p. 157.

unidade federativa. É nesse cenário, com a incorporação desses pensamentos, que culmina na ratificação da Constituição Norte-Americana (1787), considerado o primeiro texto constitucional predominantemente escrito e que goza de hierarquia em relação aos demais poderes constituídos, inclusive sobre a função legislativa⁵⁹.

O modelo de organização política adotado pela Constituição Norte-Americana, consoante já repisado, absorveu no aporte teórico de Montesquieu para reafirmar o fracionamento de competências em Legislativo, o Executivo e o Judicial como um dos seus princípios fundamentais⁶⁰. Entretanto, a contribuição da proposta federalista ao texto constitucional mitigou a supremacia legislativa, em razão da desconfiança na atuação de um legislador soberano na tutela dos direitos, conferindo uma contenção mútua, ou freios e contrapesos entre as funções estatais com a finalidade de maior equilíbrio entre os poderes e a concentração deles em um único órgão⁶¹.

Deste modo, para os federalistas, especialmente James Madison, a proeminência do poder legislativo como adotado no modelo inglês poderia ensejar uma atuação arbitrária do seu poder com a submissão dos demais poderes, resultando em usurpação das funções estatais para seu domínio, sob argumento de representação da soberania popular, através de maiorias unificadas integrantes de suas câmaras em desfavor das minorias⁶². Assim, com amparo nessas premissas, os federalistas apresentam um modelo de estruturação das funções que pressupõe um controle recíproco com a finalidade de coibir a concentração de poder e ao mesmo tempo assegurar a atuação eficiente de cada função do Estado.

Para a implementação desse sistema de freios e contrapesos no modelo norte-americano, cada poder estatal detém competências típicas e ao mesmo tempo atribui instrumentos de fiscalização sobre os demais poderes, sem que isso implique em usurpação de função ou

⁵⁹ Segundo Carlos Blanco de Moraes, o constitucionalismo americano recebeu influências das doutrinas anteriores, a exemplo de Montesquieu, porém a ratificação da Constituição americana de 1787, inaugura o que se denomina de um texto constitucional moderno, em razão de sua predominância escrita e positiva, o reconhecimento da sua supremacia jurídica aos demais atos normativos, bem como a observância pelo próprio legislativo, e a efetivação do seu cumprimento através de um poder judicial. MORAIS, Carlos Blanco – **Op. Cit.** p. 86-89.

⁶⁰ Confira-se, MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p.136-137.

⁶¹ Ver VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar - **Op. Cit.** p. 25.

⁶² A razão histórica para a desconfiança americana a preponderância da função legislativa como curador dos direitos fundamentais, decorre da sua colonização pela Inglaterra e por sua luta pela independência. Nesse sentido, ver BRANDÃO, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 6-7. Sobre a supremacia do legislativo com relação aos demais poderes e a possibilidade de ensejar em tirania, confira-se o trecho da publicação dos federalistas sobre a temática “os aumentos sucessivos do Poder Legislativo, reunindo todos os poderes nas mesmas mãos, podem conduzir à mesma tirania que as usurpações do corpo executivo. Num governo em que prerrogativas extensas e numerosas estão nas mãos de um monarca hereditário, com razão se teme o Poder Executivo, e com razão se olha para ele com aquela inquietação que deve inspirar o zelo da liberdade. Numa democracia em que o povo exercita diretamente as funções legislativas, e em que, incapaz de deliberações regulares e de medidas refletidas, se adia entregue à ambição e às intrigas dos seus magistrados executivos, também estes podem aproveitar-se de uma ocasião favorável para tomarem tirânico o seu poder”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON James – **Op. Cit.** p. 306.

soberania de um poder sobre os demais como era conferido anteriormente ao legislativo. Vê-se que essa divisão de funções em órgãos distintos e independentes concede um maior equilíbrio no seu exercício, bem como tem o escopo de impedir que um dos poderes atraia para si a primazia como único representante da vontade soberana do povo⁶³.

A Constituição Americana de 1787 adotou o modelo tripartite de distribuição de funções específicas, bem como inseriu o sistema de freios e contrapesos como um mecanismo garantidor da independência e do equilíbrio entre os poderes instituídos⁶⁴. Nessa linha, estruturou-se cada poder da seguinte forma: O legislativo formado por um Senado e uma Câmara dos representantes com atribuição de exprimir a vontade legislativa, bem como dentro da possibilidade de contenção, por exemplo, a competência de proceder o julgamento do Presidente, em caso de crime de responsabilidade. Com relação ao poder executivo, chefiado pelo Presidente na posição que era ocupada pelo monarca, com a função executiva e de fiscalização, podendo dentro do controle externo, por exemplo, proceder com veto a legislatura.⁶⁵

No que concerne à função judicial, comparando-se aos outros modelos que conferiam somente a atividade de declarar a lei, verifica-se uma expansão do judiciário⁶⁶ ao subordinar todo conteúdo normativo estatal ao texto constitucional, possibilitando aos juízes a revisão dos abusos cometidos pelos legisladores para manter o padrão jurídico da constituição⁶⁷. Com amparo nessas premissas, todos os poderes instituídos, inclusive o próprio o poder o judiciário deveria obediência ao texto constitucional⁶⁸.

⁶³ As funções são distribuídas para cada poder que colaboram entre si. Ver CAETANO, Marcelo - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional - Tomo I**. p.195.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p.126-127.

⁶⁵ A corrente federalista, segundo Carlos Blanco de Moraes, concebeu um arranjo político pautado na ideia de que o poder deveria ser exercido por representação direta ou indireta por eleição. No plano de organização política, regras constitucionais com Estados representados pelo Senado com a função de freio frente à Câmara de representação popular. Ver Carlos Blanco, p.83-84. Sobre as competências de cada função judicial, confira-se VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar – **Op. Cit.** p. 31-32.

⁶⁶ Neste sentido, Paulo Fernando Silveira, dispõe que a partir da corrente federalista, o poder judiciário foi equiparado ao mesmo nível dos demais poderes. SILVEIRA, Paulo Fernando - **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. p. 94-95.

⁶⁷ Em semelhante sentido, Jorge Miranda dispõe que o judiciário passar a gozar de autonomia antes não vista na jurisdição constitucional com atribuição de revisão judicial. MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 134- 135.

⁶⁸ Para fórmula federalista todos os poderes submetem a constituição, em razão de sua supremacia jurídica. Nesse sentido, vale a pena a leitura da passagem do artigo federalista: “(...) todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da Constituição é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade.(...) Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.” HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON James – **Op. Cit.** p. 459-460.

Nesse ponto, destaca-se a defesa pela superioridade da constituição proclamada pelo federalista Hamilton e sobre a necessidade de o judiciário ser o guardião dos preceitos constitucionais por ser o poder que oferecia menos risco de usurpação aos demais⁶⁹. Todavia, não havia consenso sobre a forma de controle judicial⁷⁰, apesar do reconhecimento posterior sobre a importância do mecanismo, o que resultou na sua implementação de forma mais acentuada na decisão proferida em 1803 pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury x Madison*, que será objeto de estudo em tópico específico.⁷¹

Com efeito, o constitucionalismo americano, imbuído no arranjo político-teórico defendido pelos federalistas com o controle recíproco entre as funções estatais, possibilitaram uma expansão na função judicial, mediante a sua competência de controle de constitucionalidade, amparados na supremacia do texto constitucional, afastando-se do modelo inglês e francês que privilegiava a primazia do legislativo. Portanto, e como já sublinhado, há uma inegável contribuição do pensamento dos federalistas, desde a evolução do postulado de separação de poderes, com uma interdependência entre eles até na estruturação do poder judiciário, deferindo-lhe a tarefa de defesa dos valores fundamentais da Constituição, o que possibilitava a anulação ou revisão de atos de todos os poderes que afrontassem a supremacia jurídica. Assim, como consequência, o poder judiciário é inserido em um contexto de protagonismo a partir da sua atribuição de revisão judicial de normas para se manter o paradigma da constituição, ultrapassando a função de mero solucionador de conflitos entre cidadãos e alcançando a dimensão política com a sua judicialização, o que será apresentado na próxima seção⁷².

⁶⁹ Alexander Hamilton, foi maior defensor do judiciário como guardião da Constituição. Confira-se trecho no Federalista n.º 78: “Quem analisa atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los”. Idem – **Op. Cit.** p. 458.

⁷⁰ Os antifederalistas procederam um debate intenso na aprovação da Constituição de 1787, contrapondo-se a corrente federalista em diversos pontos, a exemplo da adoção de um sistema federal. Com relação a função judicial eram desfavoráveis a essa expansão como proposto pelos Federalistas defendido pelos federalistas. Em seu artigo, Brutus (pseudônimo utilizado pelo antifederalista) defendia que nenhum juízo poderia alterar a vontade do povo e que as deliberações judiciais deveriam ser revisadas pelos representantes do povo. Nesse sentido, ver KETCHAM, Ralph - **Escritos Antifederalistas y Debates de la Convención Constitucional de EEUU**. p.98.

⁷¹ Refere-se a decisão no caso *Marbury v. Madison*, decidido pelo Chief Justice Marshall na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que inaugura o controle de constitucionalidade e consagra o instituto da revisão judicial. Confira-se, SILVEIRA, Paulo Fernando – **Op. Cit.** p.91. Apesar do impacto da decisão acima, há referências de atuação do judiciário em controle dos atos do legislativo entre 1780 e 1782 para manter a supremacia da Constituição, como exemplo os precedentes citados por Schwartz, *Holmes v Walton* (New Jersey, 1780); *Commonwealth v Caton* (Virgínia, 1782). Ver SCHWARTZ, Bernard - **A history of the Supreme Court**. p. 7-10.

⁷² Maria Benedita salienta que o federalismo fomentou (inicialmente) o controle de constitucionalidade de normas, em razão da obrigação de respeito por todos ao pacto federalista. A autora partilha também do entendimento de o reconhecimento americano ao valor jurídico-normativo do texto constitucional contribuiu para o processo de revisão judicial, embora disponha que somente após o século XX com os conflitos envolvendo direitos

1.1.3 As condições facilitadoras da Judicialização da Política no cenário subsequente à 2ª Guerra Mundial

Consoante já sublinhado, a cultura jurídica que vigorava na Europa até a Segunda Guerra Mundial depositava a sua confiança na lei editada pelo Poder Legislativo que tinha prevalência em comparação às normas constitucionais⁷³. Nesse cenário, o texto constitucional funcionava como uma diretriz para o legislador no exercício de sua função e não podia ser utilizado pelo judiciário como mecanismo na garantia e na defesa de pessoas e direitos fundamentais, exceto quando eram protegidos pela lei do parlamento.⁷⁴

Os antecedentes históricos que permitiram a fragmentação do poder político e a ascensão institucional do Poder Judiciário, consubstanciada na supremacia da constituição a partir do protagonismo norte-americano, fomentaram o controle de constitucionalidade das normas e propiciaram a participação desse poder nos processos decisórios, contribuindo para o surgimento do fenômeno da judicialização da política em diversas sociedades contemporâneas⁷⁵.

Ademais, outro importante fator que contribuiu para a gênese da judicialização, decorreu do avanço no reconhecimento do valor supremo da constituição na Europa Continental com o fortalecimento da justiça constitucional⁷⁶. Após a Segunda Guerra Mundial,

fundamentais que a revisão judicial tem a sua expansão consolidada. URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.24-26.

⁷³ Essa superioridade da lei aprovada pelo Legislativo sobre as demais normas é também denominada de Estado legislativo de direito.

⁷⁴ Segundo Luis Roberto Barroso, com a transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de direito, é atribuído ao texto constitucional um valor de norma jurídica, impondo limite de conteúdo nas leis do parlamento e na atuação do Estado, como também, conferindo a supremacia judicial a interpretação final sobre as normas constitucionais. Veja-se: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo da FGV.** N° 40. p. 1-42.

⁷⁵ Nesse sentido, preceitua Andrei Kroener: “Em termos simplificados, a judicialização teria uma pré-condição necessária (democracia), algumas facilitadoras (separação de poderes, política de direitos – a mais relevante, instituições majoritárias pouco efetivas etc.), e uma condição eficiente: o ativismo de juízes em oposição à tendência dominante nas instituições majoritárias. A judicialização seria um fenômeno raro, mas tornar-se-ia cada vez mais frequente pela expansão das pré-condições estipuladas, que permitem que juízes ativistas possam promover suas preferências políticas contra os representantes eleitos”. Ver KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly; BARATTO, Márcia - Sobre o Judiciário e a Judicialização. In MOTTA, Luís Eduardo Pereira da; MOTA, Maurício, Coord. **-O Estado Democrático de Direito em Questão.** p.152-153.

⁷⁶ A partir do fim da Segunda Guerra e a decadência do regime absolutista, a Europa vivencia uma nova experiência constitucional afastando-se da cultura jurídica centrada no legislativo para um sistema onde a constituição era o

(principalmente com relação a países como Alemanha, Itália e Portugal), com a derrubada dos regimes totalitários inaugura-se um movimento de controle constitucional europeu, firmado no reconhecimento do valor supremo da Constituição, nos moldes que já ocorria com pioneirismo na maioria dos países ocidentais.⁷⁷ Desse modo, com o fracasso do autoritarismo e o processo de reconstitucionalização da Europa, as constituições deixaram de ter um caráter figurativo para um modelo que atribuía força normativa ao seu texto, além de instituir mecanismos de proteção aos direitos fundamentais⁷⁸.

Nesse cenário, embora com atraso, o movimento constitucionalista na Europa aproximou-se daquele precursor e implantado nos Estados Unidos, onde, reconheceu o valor jurídico supremo da Constituição em relação aos demais poderes instituídos, inclusive sobre as leis aprovadas pelo parlamento⁷⁹. Nesse passo, somando-se a essa reconstrução política pós-guerra em que não comportava mais o regime absolutista, consubstanciado no desrespeito aos valores humanos universais, da democracia representativa e sobretudo das liberdades individuais, que as constituições contemporâneas após essa fase de transição para o regime

centro jurídico. Nesse passo, o texto constitucional passa a ser juridicamente relevante, com conteúdo substancial de direitos fundamentais que possuem força normativa com relação a produção legislativa e aos atos do poder público. A propósito, ver, ADEODATO, João Maurício - Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites. Neoconstitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. p. 75-97.

⁷⁷ Sobre o ponto, importante a explicação de Luiz Roberto Barroso: “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil – **Op. Cit.** p. 1-42. A título exemplificativo das constituições que representam a transição do regime conservador para democrático, tem-se a da Alemanha vigente em 1949, sob a fiscalização do Tribunal Constitucional. Na Itália, impulsionada pelo texto constitucional de 1947 e em Portugal com aprovação da extensa e pragmática constituição portuguesa de 1976. Em sentido próximo, veja-se MORAIS, Carlos Blanco – **Op. Cit.** p. 122-123. Sobre a judicialização da política no Brasil, importante destacar a síntese de Verbicaro “A institucionalização de um espaço público alternativo – complementar e não excludente às clássicas instituições político-representativas –, propiciado pelo incremento da atividade judicial, pela crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e sobre a sociabilidade da vida contemporânea, repercute diretamente nas relações entre Estado e sociedade civil, permitindo uma ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder por meio da abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas. (...). Como consequência dessa concepção de espaço público e da ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, houve uma alteração no quadro político-institucional, o que propiciou uma maior inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar judicialização da política (judiciabilidade de questões políticas).” VERBICARO, Loiane Prado - Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**. Vol. 4. p. 389-406.

⁷⁸ Nesse sentido, Deborah Moretti e Yvete da Costa asseveram que após esse processo de reorganização da democracia, as Cartas constitucionais modernas buscavam conter em seus textos direitos que promovessem o bem-estar do ser humano e o exercício de sua própria dignidade, como também a proteção aos direitos individuais e a sua efetivação. MORETTI, Deborah Aline Antonucci; DA COSTA, Yvete Flavio - A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. V. 17. p. 111-134.

⁷⁹ Veja-se, a propósito, os diferentes momentos de supremacia constitucional norte-americano e na Europa por URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.25.

democrático passaram a ter um conteúdo mais substancial, legitimando o papel do judiciário com o fortalecimento das funções dos juízes e das cortes constitucionais na limitação do poder político e na proteção e defesa das liberdades⁸⁰.

Conforme salientado anteriormente, independente do momento histórico que tenha se implantado o controle de constitucionalidade, a judicialização da política é um fenômeno que veio inserido na expansão do Poder Judiciário no cenário mundial e contribuiu para a sua participação decisória na política⁸¹. Nesse passo, entende-se por judicialização da política como um processo de transferência do poder decisório aos juízes de questões relacionadas à conotação política de outros poderes, bem como a atuação judicial em questões relevantes para a sociedade, geralmente mobilizadas por cidadãos em geral ou grupos que depositam no judiciário a confiança para a tomada dessas decisões em políticas públicas.⁸²

Note-se, ainda, que aliado a essa condição política, o constitucionalismo moderno, promoveu a incorporação substancial de direitos e garantias nas Cartas constitucionais, o que incumbiu ao Poder Judiciário o papel de guardião e de efetivação desses direitos, mediante a fiscalização de constitucionalidade impedindo que os demais poderes desvirtuassem ou deixassem de aplicar a norma constitucional⁸³. A intervenção do Poder Judiciário, através do papel político dos juízes e dos Tribunais, na efetivação dos direitos inseridos nas constituições do pós- Segunda Guerra Mundial, destaca a sua ascensão no Estado contemporâneo, desde Montesquieu, quando era visto como um poder declaratório da lei do parlamento⁸⁴.

⁸⁰ Sentido partilhado por Alex Sander Xavier Pires, citado no texto “Ativismo judicial e judicialização da política: contributo propositivo no âmbito dos trinta anos da Constituição Federal do Brasil”, sobre a mudança na atuação do Poder Judiciário na interpretação das constituições democráticas do pós-guerras mundiais que em razão do surgimento de um maior número de direitos fundamentais constitucionais e as garantias de sua eficácia, deflagrou uma maior atuação dos órgãos jurisdicionais. PIRES, Alex Sander Xavier - Ativismo judicial e judicialização da política: contributo propositivo no âmbito dos trinta anos da Constituição Federal do Brasil. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do Rosário; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise, Coord. - **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. p. 160.

⁸¹ A judicialização da política é um fenômeno que ultrapassou a fronteira americana e alcançou repercussão mundial e que consiste num processo de transferência de decisão (revisão) para as Cortes e Juízes, sobre questões políticas, tendo por base a interpretação da Constituição. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn - **The global expansion of Judicial Power**. p. 13-14.

⁸² BARROSO, Luiz Roberto - **Controle de constitucionalidade no Brasil**. p. 332.

⁸³ Segundo Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 59), no período absolutista “os direitos fundamentais eram concebidos como direitos negativos, que impunham apenas abstenções aos poderes políticos”. Com a mudança de cenário no direito constitucional com as constituições incorporando positivamente os direitos fundamentais e determinando que o Estado atuasse para a sua efetivação, contribuiu para uma atuação relevante do judiciário na implementação desses direitos, bem como das políticas públicas e para o cumprimento da própria Constituição. Os autores ainda asseveram que “a jurisdição constitucional é o espaço por excelência da afirmação da Constituição, onde os temas controvertidos são equacionados com base no Direito e não em preferências ideológicas, interesses ou compromissos políticos”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel - **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. p.191-192.

⁸⁴ Nesse sentido, observa-se um avanço na teoria da separação de poderes de Montesquieu, uma vez que com a mudança na cultura jurídica da Europa no pós-guerra a função judiciária é incumbida da garantia da norma jurídica constitucional, bem como responsável pela efetivação dos direitos nelas contidos, não se limitando mais somente

Com a evolução global do Poder Judiciário, embora tenha ocorrido em cenários distintos nos países, após a transição do regime autoritário para o democrático, facilitou o acesso à jurisdição constitucional na medida que se atribuiu o reconhecimento ao valor supremo das constituições. Desse modo, advém o surgimento dos modelos ou sistemas de controle de constitucionalidade das normas com a finalidade de dar cumprimento ao texto constitucional e garantir a implementação dos direitos fundamentais nele previstos. Para tanto, objetiva-se estudar em seguinte o processo de formação dos principais formatos e escolas de controle de constitucionalidade, sob o enfoque do controle jurisdicional.

1.2 Considerações sobre os modelos ou sistemas típicos do controle jurisdicional de constitucionalidade e os novos aportes classificatórios

O controle de constitucionalidade foi construído a partir de importantes antecedentes históricos. Consoante esposado, parte da transição de um judiciário neutro narrado na teoria de freios e contrapesos descritos por Montesquieu para uma realidade de expansão da jurisdição constitucional, fundado na supremacia da constituição e na incorporação de direitos e garantias fundamentais, notadamente com o fim dos regimes autoritários após a Segunda Guerra Mundial⁸⁵. Nesse panorama, verifica-se o fortalecimento da função judicial na interpretação do texto constitucional, o que contribui para o surgimento do controle de constitucionalidade para garantir a supremacia da Constituição.

Entretanto, o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*judicial review*), ocorre em diferentes momentos na cultura jurídica, inaugurando-se nos Estados Unidos a partir do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 e em seguida na Europa, após o processo de redemocratização com o fim dos regimes fascistas e a criação do Tribunal Constitucional pela Constituição Austríaca de 1920⁸⁶.

a atuar como legislador negativo. BARROSO, Luiz Roberto - Controle de constitucionalidade no Brasil - **Op. Cit.** p.130.

⁸⁵ BARCELOS, Ana Paula - Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. N.º 240. p. 83-105.

⁸⁶ Nesse sentido, Rodrigo Brandão destaca que esse processo de expansão da jurisdição constitucional, desenvolveu-se em ondas. A primeira, logo após a formação dos Estados Unidos e com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*. A segunda onda, com o processo de redemocratização dos países que deixaram o regime fascista na Europa. E, por último, no século XX, com a transição das ditaduras militares para a democracia. Para um maior aprofundamento, confira-se BRANDÃO, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 5-7.

1.2.1 O Caso *Marbury v. Madison* e o *judicial review* norte-americano

O propósito deste tópico não objetiva traçar todo panorama constitucional da doutrina do *judicial review* americano, uma vez que os principais antecedentes históricos como a Convenção de Filadélfia, que inaugura a primeira Constituição escrita da era moderna promulgada em 1787, resultado do debate travado entre os federalistas e antifederalistas que culminou na sua ratificação foram abordados em seção específica anterior⁸⁷. Portanto, proceder-se-á um corte nesses eventos para se focar no fator decisivo para o desenvolvimento modelo Norte-americano, por meio do controle judicial de constitucionalidade em sua forma, difusa de uma lei no caso — *Marbury v. Madison* em 1803.

Um aspecto fundamental para compreensão da tese desenvolvida nesta decisão é o reconhecimento americano de que a Constituição é uma norma suprema e que se impõe a todos os órgãos do Estado, cabendo ao Poder Judiciário, neste contexto, a função de fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos⁸⁸. Desse modo, muito embora a doutrina do *judicial review* tenha se fortalecido com a Constituição promulgada em 1787, em seu texto não há previsão expressa da possibilidade de revisão judicial, tendo sido resultado de construção jurisprudencial e com reforço da doutrina norte-americana, especialmente do federalista Alexander Hamilton na defesa do poder judicial para proteger direitos e liberdades⁸⁹.

Esse contexto histórico-político criou as condições necessárias para a instituição e o crescimento da doutrina do *judicial review*, atribuindo-se aos Juízes a competência para afastar do ordenamento jurídico as normas contrárias ao texto constitucional. Nesse sentido, sublinhe-se que há decisões anteriores proferidas pelos os Tribunais no âmbito dos Estados em revisão judicial de leis estaduais⁹⁰. No entanto, é a partir da tese lançada por Marshall, apesar da natureza política que estava concentrada a decisão, no julgamento do caso concreto de *Marbury*

⁸⁷ O contexto histórico-político que precede a decisão de *Marbury v. Madison* envolve o confronto entre os federalistas e anti-federalistas na distribuição de cargos no Estado.

⁸⁸ O poder judiciário americano detinha maior confiabilidade, nesse contexto, atribuía-se a função de guardião da norma constitucional que era considerada como suprema com relação as demais leis do parlamento. O reconhecimento da superioridade da Constituição somado a legitimação do judiciário em proceder a invalidação atos contrários a ela resultou no desenvolvimento da revisão judicial. Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 74-75. Em sentido próximo, MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito Constitucional. Tomo I.** p. 291-292.

⁸⁹ Nesse sentido, Maria Benedita Urbana dispõe que a revisão judicial não foi prevista expressamente na Constituição aprovada em 1787, sendo uma construção em âmbito jurisprudencial e também de precedentes doutrinários como do federalista, nº 78, exposto por Alexander Hamilton. URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.56-57.

⁹⁰ Mencione-se a existência decisões anteriores a *Marbury v. Madison*, em que os Tribunais Estaduais declararam a constitucionalidade de leis estaduais perante as constituições estaduais. Cite-se o caso *Holmes v. Walton* caso decidido pela Suprema Corte de New Jersey em 1780. VIVEIROS, Mauro - **El control de constitucionalidad brasileño. Un modelo híbrido o dual?** p.33.

v. *Madison*, que se evidencia o nascimento do controle judicial difuso de constitucionalidade atribuído à Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo o fator decisivo e importante para a implantação da fiscalização de normas no constitucionalismo moderno⁹¹.

A questão subjacente retratada no processo judicial de *Marbury v. Madison* envolve a suspensão da nomeação dos *Midnight Judges Act*⁹², ou seja, da nomeação de juízes que iriam ocupar os novos órgãos jurisdicionais por determinação do novo presidente Thomas Jefferson. Nesse contexto, o Secretário de Estado, James Madison, aquiesceu com a suspensão, o que resultou na ação (*writ of mandamus*) por Marbury, invocando a premissa da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, para exigir a ratificação de sua nomeação diretamente na Suprema Corte⁹³.

Diante da pretensão apresentada, o *Chief Justice* John Marshall, em decisão inovadora e habilidosa⁹⁴, soluciona a controvérsia afirmando que o processo de nomeação ocorreu de forma regular, o que resultaria no direito à posse ao cargo do impetrante, especialmente em razão da estabilidade conferida pela nomeação, porém não poderia deferir a ordem jurídica requerida pelo autor, sob o argumento de que as atribuições originárias da Suprema Corte estão

⁹¹ Com efeito, a decisão em *Marbury v. Madison* em 1803 é o importante marco inicial para o estabelecimento do constitucionalismo moderno e do controle jurisdicional de constitucionalidade, a despeito de outros antecedentes teóricos. Entretanto, esse julgamento é melhor entendido a partir do enfrentamento entre as concepções dos antifederalistas que não defendiam o protagonismo judicial ao invalidar os atos do legislativo e que essa sistemática violaria a independência dos poderes, ante ausência de controle sobre os erros do judiciário. Por outro lado, os federalistas, sob as ideias de Alexander Hamilton, sustentam em sua publicação (*O Federalista*) que o controle exercido pelo judiciário não vista a uma supremacia judicial, mas da própria Constituição e do Estado de Direito. Nesse sentido, ver BRANDÃO, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 12-115 e também BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio - **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. p. 39-40.

⁹² Barroso faz uma reconstrução histórico-político sobre o cenário precedente a decisão *Marbury vs. Madison*, em síntese, dispõe: “No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham a maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (*Judiciary Act* of 1801), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; c) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado; ”. Prossegue o autor afirmando que o senado aprovou as nomeações em 3 de março de 1801, porém restando um dia para entrega dos atos de investidura, em razão da posse do novo presidente Jefferson, o que ocasionou uma entrega dos atos de nomeação aos juízes nos últimos minutos do mandato anterior (John Adams), o que se denominou de *midnight judges* (juízes da meia noite). BARROSO, Luiz Roberto - **Controle de constitucionalidade no Brasil**. p. 23-24. Para uma análise detalhada desse período veja-se a também URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.59-61.

⁹³ Bernard Schwartz sublinha que Thomas Jefferson ao assumir a presidência determinou que o secretário de Estado, James Madison, procedesse com o cancelamento dos atos de investidura aos juízes nomeados, mas que por questões burocráticas, não puderam ser empossados no mandato de John Adams, dentre eles estava William Marbury, que foi o primeiro a ingressar com ação judicial (*writ of mandamus*) na Suprema Corte requerendo a invalidação do ato e a investidura no cargo. Ver, SCHWARTZ, Bernard – **Op. Cit.** p. 32.

⁹⁴ A relatoria do processo ficou atribuído ao Chefe do Poder Judiciário dos Estados Unidos John Marshall que, atuou como ex-secretário de Estado, no período de Adams, entre os anos de 1801 a 1835. Cf. JOHNSON, Paul. *A history of the american people*. New York: HarperCollins, 1997, p. 161. Sobre atuação de Marshall, Bernard Schwartz, salienta a importância da sua visão política lançada na decisão ao reforçar a força normativa da Constituição e atribuição da Suprema Corte como guardião. Prossegue o autor, destacando a liderança judicial do Relator e a sua habilidade como Juiz constitucional, em razão da a qualidade de suas decisões. Idem – **Op. Cit.** p. 32-33.

previstas na Constituição⁹⁵. Desse modo, o Tribunal, ao mesmo tempo que reconhece a regularidade do direito à investidura, consignado na fundamentação da decisão a impossibilidade de julgar o mérito de questões políticas, em razão da inconstitucionalidade do *Judiciary Act*, que tinha conferido a competência para julgar o referido caso, negando, portanto, o direito a posse do autor⁹⁶.

Sublinhe-se, ainda, que ao afirmar que o poder discricionário do executivo se esgotava com a nomeação dos Juízes, reprovando a conduta da retenção da sua investidura, e ao mesmo tempo, com a não concessão do *writ of mandamus*, sob o fundamento de que este ato não poderia ser objeto de controle pelo judiciário, em razão da inconstitucionalidade do dispositivo legal invocado pelo autor, Marshall estabelece duas premissas: a primeira é a superioridade da constituição sobre qualquer lei ordinária, cumprindo o judiciário o papel de interpretação e autoridade para declarar a inconstitucionalidade, inclusive do próprio *Judiciary Act* de 1789 que tinha ampliado a sua competência. Infere-se da decisão em conclusão que cumpre ao judiciário o papel de interpretação e autoridade para impor a vontade da Constituição sobre os demais poderes, inclusive o próprio parlamento.⁹⁷

Por outro lado, ao reconhecer a lisura no processo de nomeação dos juízes de paz e o direito a investidura do impetrante, apesar da contenção ao dispor que não caberia a Suprema Corte a análise do mérito do pedido, desenvolve-se, naquela decisão, a distinção das questões submetidas ao judiciário e das questões políticas, ou seja, quais os tipos de atos do executivo poderiam ser passíveis de revisão judicial, excluindo-se da sua apreciação aqueles de natureza política e submetendo-se aos demais ao controle de constitucionalidade pelo judiciário⁹⁸.

⁹⁵ De fato, a tese lançada por Marshall apresenta-se como conciliadora ao cenário político evidenciado no caso concreto apresentado. Sublinhe-se que em caso de deferimento ao pedido formulado por Marbury poderia implicar em um descumprimento da ordem emanada pelo Chefe do executivo. Por outro lado, a denegação poderia ser reconhecida como uma submissão do Poder Judiciário ao poder executivo. Nesse contexto, a resposta apresentada por Marshall, nas palavras de Maria Benedita Urbano, foi uma “decisão judiciosa e estrategicamente hábil”, uma vez que ao mesmo tempo que reconhece a ilegalidade da conduta de Madison em negar a nomeação de Marbury para o condado de Washington, por outro lado, recusa-se em determinar a investidura, ao reconhecer a incompetência da Suprema Corte para julgar ao caso, em razão da inconstitucionalidade do *Judiciary Act*, de 1789, aprovado pelo Senado e que ampliava a competência da Corte, o que estaria reservado a Constituição, evitando-se assim a um só tempo, um confronto do poder judicial com os demais poderes e a proclamação de uma independência da Suprema Corte. Nesse sentido, URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.62-63. Em sentido próximo, BINENBOJM, Gustavo – **A nova Jurisdição constitucional.** p. 30-31.

⁹⁶ Ver, VIEIRA, Oscar Vilhena - **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política.** p. 63-65.

⁹⁷ A importância política para o constitucionalismo dessa primeira premissa deve-se advertência dada ao parlamento sobre a o respeito aos limites impostos pela própria Constituição, quando da declaração da inconstitucionalidade do ato Judiciary Act. Ver, SOUZA JR., Antônio Umberto - **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas.** p. 68-69. Confira-se, também, BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz – **Op. Cit.** p.47.

⁹⁸ Barroso explica que “Marshall, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar o seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos

Nessa senda, extrai-se, em síntese, da fundamentação da decisão prolatada por Marshall, o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre qualquer lei do parlamento, bem como a competência dos Juízes e dos Tribunais na declaração de inconstitucionalidade de lei em conflito com norma constitucional. Com isso, fortalecendo a revisão judicial e o controle jurisdicional de constitucionalidade pelos Tribunais ordinários, em sua forma difusa⁹⁹.

Desse modo, a partir da premissa lançada no julgamento do caso em concreto, traça-se o parâmetro para a fiscalização de constitucionalidade na forma difusa, desenvolvido a partir de discussão na Suprema Corte norte-americana, notadamente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, cujo resultado declarou a supremacia jurisdicional¹⁰⁰ na interpretação da constituição e das bases teóricas de Hamilton no Federalista¹⁰¹. Nesse sistema, a competência para controlar ou fiscalizar a constitucionalidade é atribuída a qualquer juiz ou tribunal¹⁰², apreciada por via de exceção, mediante uma questão jurídica incidental e com eficácia *inter partes* da decisão¹⁰³. Nesse tipo de controle a pretensão é deduzida em juízo por via de defesa ou de exceção o afastamento da norma incompatível no caso concreto, cuja análise é realizada na fundamentação da decisão com alcance subjetivo para as partes.

E nesse contexto, os juízes e os tribunais assumem respeitável protagonismo ao ter autoridade para declarar leis em desconformidade com a Constituição¹⁰⁴. Sobre este aspecto, refere-se José de Melo Alexandrino¹⁰⁵ ao discorrer que “esse papel dos tribunais viria a alcançar

do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade. BARROSO, Luiz Roberto - Controle de constitucionalidade no Brasil - **Op. Cit.** p. 29. Sobre a postura contida na decisão de Marshall ao afastar a revisão judicial de questões políticas, Flávia Santiago salienta que “Ao assentar que não caberia a Suprema Corte tratar de questões políticas, a decisão do Judge Marshall foi norteada por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem pleiteada. O indeferimento do pedido – na ausência de consequências imediatas – permitiu que o julgado fosse assimilado pela opinião pública e pelos demais agentes políticos. Por isso, pode-se afirmar que a noção de auto-restrição – aqui representada no afastamento da apreciação de questões sujeitas aos demais poderes – é contemporânea ao estabelecimento da própria revisão judicial. LIMA, Flávia Santiago - **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** p. 42-44.

⁹⁹Ao afirmar na decisão a supremacia da Constituição de 1787 e sua força normativa sobre os demais atos normativos, proclamando-se a competência do judiciário (incluído juízes e Tribunais) para dar última palavra na interpretação da norma constitucional, tem-se a implantação do controle de constitucionalidade e a ratificação do próprio judicial review americano. VIVEIROS, Mauro – **Op. Cit.** p. 39.

¹⁰⁰ Denota Canotilho que “de acordo com este princípio, o intérprete final da Constituição deve ser o poder judicial, todo ele, não havendo, portanto, lugar a qualquer divisão ou separação estrutural entre o juiz de direito comum e o juiz de direito constitucional.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p.896.

¹⁰¹ A tese lançada por Marshall encontra-se fundamentada na obra de Hamilton no Federalista. Nesse sentido, ver SCHWARTZ, Bernard – **Op. Cit.** p. 13.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito constitucional e Teoria da Constituição– **Op. Cit.** p.898.

¹⁰³ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p.61-63.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz - Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil -**Op. Cit.** p. 288-289.

¹⁰⁵ ALEXANDRINO, José de Melo - O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. **O Direito.** V. 142. p. 869.

um patamar mais elevado a partir do momento em que, em certos ordenamentos, os juízes passaram a poder declarar nulas as leis que contrariassem a Constituição”.

Saliente-se que o desenvolvimento do modelo americano de controle de constitucionalidade, através do poder de criação da jurisprudência extraída da Suprema Corte, contribuiu para a expansão e afirmação da postura do Poder Judiciário como guardião da Constituição, seja declarando a constitucionalidade da lei ou invalidando atos normativos contrários, através de sua função contramajoritária.

Apesar da discussão sobre o conteúdo político que envolveu o processo judicial de *Marbury v. Madison*, a decisão lançada consignou um importante marco na jurisdição constitucional¹⁰⁶, pois permitiu a institucionalização do controle de constitucionalidade de leis contrárias à Constituição, resultando na gênese do modelo difuso de fiscalização, fundamentado na legitimação da revisão judicial pelos Juízes e Tribunais ordinários, ocasionando a posterior exportação mundial desse sistema. É certo que esse sistema de controle de constitucionalidade norte-americano é diverso daquele implantado na Europa, em razão da história constitucional americana, embora exerceu influência no pensamento europeu.

1.2.2 Kelsen e o modelo Austríaco-Europeu de controle concentrado de constitucionalidade

Como fora apresentado no tópico anterior, a formação do Estado americano a partir do federalismo e da preocupação com o controle das decisões políticas, foram fatores que contribuíram para o reconhecimento da soberania da Constituição e do seu papel limitador em face dos demais poderes, o que resultou no fortalecimento do Poder Judiciário (Juízes e Tribunais)¹⁰⁷ como intérprete final do texto constitucional e no surgimento do controle de constitucionalidade no modelo *judicial review*. Assim, em sequência, procederá a análise do constitucionalismo europeu, que traçou seu caminho de forma distinta e mais tardia que o modelo americano, desaguando no sistema concentrado de fiscalização, fazendo uma breve

¹⁰⁶ A decisão do caso *Marbury v. Madison*, embora tenha cunho político, detém grande importância para o constitucionalismo moderno, uma vez que garantiu que o parlamento não extrapolasse os limites da Constituição, bem como proclamou a importância do judiciário como guardião e intérprete da Constituição. Nesse sentido, ver TOCQUEVILLE, Alexis - **Democracia na América: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão.** p. 130-131.

¹⁰⁷ Nesse sentido, explica Favoreu que “No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.” Nesse sentido, FAVOREU, Louis - **As cortes constitucionais.** p. 17-18.

referência no embate entre Carl Schmitt¹⁰⁸ e Kelsen¹⁰⁹ sobre o órgão legitimado a exercer o papel de guardião da Constituição.

Apesar do reconhecimento do valor supremo da Constituição, bem como da própria jurisdição constitucional a partir da experiência americana, a recepção dessa doutrina no constitucionalismo europeu não ocorre de forma integral e, por seu turno, desenvolve-se posteriormente, em meados do século XX.¹¹⁰ Atribui-se essa demora na implantação, ao contexto histórico vivenciado na Europa com a soberania conferida ao Parlamento na criação do direito e como representante da vontade geral, atribuindo aos demais poderes na execução das normas, o que gerava uma resistência do legislativo em ceder à supremacia da lei em face da Constituição como norma fundamental.¹¹¹

Desse modo, o modelo austríaco (europeu-kelseniano)¹¹², avultou na Europa, com a Constituição austríaca de 1920, sob a influência do pensamento de Hans Kelsen¹¹³ e caracterizar-se por atribuir competência do controle de constitucionalidade a um único órgão, que pode ser de tribunal supremo ou constitucional¹¹⁴, sendo que este último atende ao conceito kelseniano.

Nesse diapasão, Hans Kelsen preleciona um conceito de supremacia da Constituição a partir de um escalonamento no ordenamento jurídico, posicionando o texto constitucional no topo da pirâmide normativa, como uma norma fundamental e de obediência obrigatória na produção de todo sistema jurídico. Desse modo, em razão da concepção da Constituição como

¹⁰⁸ Carl Schmitt escreveu a obra “O Guardião da Constituição”, repudiando a teoria normativa de Kelsen e ao modelo de jurisdição constitucional. A sua tese foi desenvolvida na vigência da Constituição de Weimar de 1919, a qual, ao lado da Constituição Mexicana de 1917, período que se constituiu o do Estado Social de Direito. SOARES, Mário Lúcio Quintão - **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. p.290-291.

¹⁰⁹ Sobre o desenvolvimento do pensamento de Kelsen, destaca-se a controvérsia com Carl Schmitt especialmente sobre a natureza do órgão protetor da Constituição, apoiando o primeiro na criação de um órgão autônomo com exclusividade na guarda da Constituição, leia-se, o Tribunal Constitucional, com funções jurisdicionais e isento de atividade política, enquanto o segundo defendia que caberia a um órgão político a atribuição de justiça constitucional. Acerca deste tema, ver URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.67-71 e também ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O recurso constitucional de Amparo. **JURISMAT: Revista Jurídica**. N.º 1 p. 45.

¹¹⁰ Nesse sentido, destaca Jorge Miranda que apesar do reconhecimento nas constituições modernas, a Europa retardou implantação da supremacia da constituição. MIRANDA, Jorge – Nos dez anos de funcionalmente do Tribunal Constitucional. In Legitimidade e legitimação da justiça constitucional - **Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional**. p. 91-92. Em sentido próximo, VIEIRA, Oscar Vilhena - **Op. Cit.** p. 53-54.

¹¹¹ Rodrigo Brandão destaca três características do contexto histórico no constitucionalismo europeu que concluíram para que fosse traçado um caminho distinto do americano, consequentemente retardando a concepção do valor jurídico e normativo da Constituição. O primeiro deles é a relação entre a Constituição e a lei, adotando o continente europeu um legalismo que assumia a função soberania do povo e mecanismo de preservação de direitos. Em segundo, a supervalorização do parlamento com relação aos demais poderes e, por último, o modelo de constituição mais flexível adotado, o que gerava uma rejeição ao seu reconhecimento como pressuposto supremo das demais normas. Para melhor compreensão, ver BRANDÃO, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 52-60.

¹¹² Segundo Cappelletti, a justiça constitucional ganhou relevância na Europa após a Segunda Guerra Mundial. CAPPELLETTI, Mauro - **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p.106-109.

¹¹³ O austríaco Hans Kelsen foi um dos principais colaboradores coma redação do texto constitucional austríaco, proclamado em 1920.

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p.894-898.

vértice de todo ordenamento jurídico, na sua teoria, Kelsen entende a necessidade da criação de uma Tribunal Constitucional independente, ao qual cabe a competência exclusiva de efetivar a jurisdição constitucional e de assegurar a supremacia constitucional como norma unificadora de toda ordem jurídica.¹¹⁵

Partindo da perspectiva de quem seria o órgão responsável para guarnecer a Constituição, em sentido contrário ao modelo de controle de constitucionalidade idealizado por Hans Kelsen e inserido na Constituição austríaca de 1920, Carl Schmitt concebia a constituição como um resultado de uma decisão política e por esta razão a sua defesa deveria ser confiada a um órgão político. Nessa senda, o sistema de controle de constitucionalidade defendido pelo autor é fruto de uma atividade política, não podendo, portanto, ser atribuído ao judiciário, mas devendo ser concretizado pelo o poder executivo por ser o legitimado em assegurar a democracia.¹¹⁶

Partindo dessas premissas, os autores defendiam concepções distintas de conceito de Constituição, sendo a força normativa atribuída a Kelsen e a concepção de documento político a Schmitt, o que resultava em discordância quanto ao órgão legitimado em sua defesa¹¹⁷. Nesse viés, adepto da teoria decisionista, Carl Schmitt sustentava que não se podia transferir a função de controle de constitucionalidade para revisão de atos legislativos ao Judiciário, através de uma Corte Constitucional, em razão da ausência de legitimidade política e de competência dos juízes para atuar como legisladores negativos na criação do direito¹¹⁸. Em contraposição, Hans

¹¹⁵ Kelsen, ao sustentar a responsabilidade pela custódia da Constituição ao Tribunal Constitucional, destaca que “ (...) o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. KELSEN, Hans - **Jurisdição constitucional**. p. 239-240.

¹¹⁶ A doutrina de Carl Schmitt baseia-se na legitimação do chefe do Estado na tarefa de guardião da Constituição, em razão de sua neutralidade no exercício da função. Nesse diapasão, o autor entende que não poderia ser confiada ao judiciário a jurisdição constitucional, na medida que o exercício do controle de constitucionalidade é um ato essencialmente político, e não judicial, impossibilitando os juízes de realizar, pois só detinham a competência para aplicar normas e não as criar ou atuar como legislador negativo. PALU, Oswaldo Luiz - **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. p. 78-79. Em sentido semelhante, ZAGREBELSKY, Gustavo - **Historia y Constitución**. p. 34-36. A par de tais argumentos sobre a neutralidade do chefe de Estado, defendida por Schmitt, posiciona-se Kelsen refutando da seguinte forma: “Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida que do que a do juiz ou do funcionário. Não se pode, sobretudo, desvalorizar a neutralidade do juiz de carreira em favor da do chefe de Estado com o argumento de que “Os verdadeiros detentores do poder político podem facilmente obter a influência necessária sobre o preenchimento dos postos de juízes e a nomeação dos peritos. Se o conseguem, a resolução em forma judiciária ou técnica das controvérsias torna-se um cómodo instrumento político, e isso é o oposto do que na verdade se objetivava com a neutralização”. Cite-se KELSEN, Hans - **Jurisdição constitucional – Op. Cit.** p. 283-284.

¹¹⁷ Nesse sentido, ver COSTA, José Manuel M. Cardoso da. - **Algumas reflexões em torno da justiça constitucional**. p. 114-115.

¹¹⁸ É importante mencionar a perspectiva assumida por Schmitt, vejamos: “O Estado de Direito civil baseia-se justamente na diferenciação objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se,

Kelsen, ao conferir a força normativa da Constituição sobre as demais normas, entende que o controle de constitucionalidade deve ser concentrado e exercido por um órgão especial do Judiciário, que detém atividade criativa na produção de direito, dentro dos limites da lei e cujos membros são dotados de legitimidade democrática¹¹⁹. No relevante embate ideológico entre os autores sobre a custódia da Constituição, embora tenha prevalecido no primeiro momento a tese de Carl Schmitt como forma de justificar o estado de exceção nazista¹²⁰, após a segunda guerra mundial, prevalece a teoria de Kelsen (posteriormente com modificações) com a expansão da jurisdição constitucional concentrada confiada às Cortes Constitucionais para salvaguardar os valores contidos nas Constituições¹²¹.

Desse modo, após análise sucinta dos dois modelos de controle em salvaguardar a constituição, através de um Tribunal Constitucional, não integrante da jurisdição ordinária, cuja competência era reservada para controle de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* da decisão. Por essa razão, a sua perspectiva é assentada na ideia de separação entre a jurisdição constitucional e ordinária,¹²² devendo as questões constitucionais serem objeto de apreciação por um juiz constitucional, não cabendo aos Tribunais ordinários decidir sobre conformidade constitucional¹²³. Por esta razão, o seu modelo efetivamente é diferente do pensamento dos americanos, pois os juízes e tribunais ordinários não poderiam apreciar a constitucionalidade das normas, nem mesmo em caráter incidental em decorrência da reserva de competência ao Tribunal Constitucional.

também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe outorgar a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público”. SCHMITT, Carl - **O guardião da Constituição**. p. 55-56.

¹¹⁹ Em arremate, dispõe Kelsen, “Se enxergarmos o político na resolução dos conflitos de interesses, na decisão, encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação lhe deva necessariamente ceder. (...) é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre a lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, uma produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter político. KELSEN, Hans - Jurisdição constitucional – **Op. Cit.** p. 251.

¹²⁰ Schmitt ao sustentar na sua teoria a legitimidade da guarda da Constituição ao chefe de Estado (Presidente do Reich), serviu de paradigma para fundamentar o nazismo, consolidado na Alemanha a partir da interpretação do art. 48 da Constituição de Weimar. Nesse sentido, ver BERCOVICI, Gilberto - **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. p. 65-71.

¹²¹ Relativamente sobre a expansão da jurisdição constitucional após a doutrina de Kelsen, destaca Viveiros que esse modelo sofre transformações, citando-se uma primeira em 1929, com a extensão do controle ao Tribunal de Justiça Administrativa e, posteriormente, com a criação de novos Tribunais Constitucionais, a exemplo da Áustria (1945), na Itália (1948) e no século XX, com a criação do Tribunal português, em 1976. VIVEIROS, Mauro – **Op. Cit.** p. 72-73.

¹²² URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.72-73.

¹²³ Nesse sentido salienta Canotilho que a concepção de Kelsen sobre o controle de constitucionalidade é que “não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e Teoria da Constituição**– **Op. Cit.** p.833-834.

Por último, esse pensamento positivista, sob a influência kelseniana que reconhecia o valor jurídico superior da Constituição e um modelo de controle de constitucionalidade de normas na tutela de uma Corte Constitucional, contribuiu para a difusão no continente Europeu. De mencionar, outrossim, que além da valorização do caráter normativo dos textos constitucionais subsequentes, destaca-se para a sua dimensão material com a inserção de direitos fundamentais¹²⁴. No que se refere ao sistema de fiscalização, inegável as contribuições do autor, a partir delas foram submetidas as adaptações ao longo da expansão da jurisdição constitucional, com a combinação dos formatos abstrato/ europeu-kelseniano e concreto/norte-americano, caracterizando no “modelo híbrido” de fiscalização de constitucionalidade.

1.2.3 Modelo misto: Aproximação dos modelos paradigmáticos e o influxo no sistema constituído pelo constitucionalismo brasileiro e português

Desse modo, após análise sucinta dos dois modelos de controle, verifica-se que a característica distintiva entre eles reside na competência para apreciar e decidir sobre constitucionalidade das normas¹²⁵. Nesse passo, a matriz norte-americana confere a todos os componentes dos órgãos jurisdicionais competência para apreciar conformidade constitucional diante do caso concreto com efeitos limitados às partes, enquanto o segundo restringe-se a um órgão em controle abstrato com força vinculante a todos.

Por outro lado, essa categorização entre dois modelos antagônicos, bem como as suas características originárias que marcam cada um, vem sendo relativizada e convergido para uma aproximação¹²⁶ entre os sistemas¹²⁷, resultando em um paradigma misto ou híbrido. De acordo com a concepção tradicional do *judicial review* (americano), a decisão tem efeito *inter partes*, com a matização da aceção, por vezes, essa eficácia generaliza-se em razão do *stare decisis*¹²⁸

¹²⁴ Cite-se, URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.65-66.

¹²⁵ Nesse sentido ver AMARAL, Maria Lúcia - Problemas da "judicial review" em Portugal. **Themis: Revista de direito.** V. 6. p.73-74. .

¹²⁶ Sobre a questão da aproximação entre os modelos americano e europeu-kelseniano, reporta-se ao estudo de Francisco Fernández Sagado, ao referir “Un nuevo elemento de convergencia entre ambos sistemas, en relación con el binomio inmediatamente antes referido, puede apreciarse en la disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla del *stare decisis*, de la eficacia de los efectos erga omnes de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Ello ha sido posible porque el contenido de muchos de los pronunciamientos de estos últimos órganos es básicamente interpretativo”. FERNÁNDEZ, Segado Francisco - La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: **La giustizia costituzionale nel XXI secolo.** p.37.

¹²⁷ Há outras características além das citadas no presente relatório que apontam a aproximação entre os dois modelos. Nesse sentido, Ver URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.30-33.

¹²⁸ A regra do *stare decisis* permite que uma decisão proferida no caso concreto pelo Tribunal tenha efeito além das partes. Sobre a temática, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 1902.

e dos precedentes judiciais. No conceito europeu-kelseniano, caberia somente ao Tribunal Constitucional a competência para apreciação da conformidade constitucional. Todavia, existem ordenamentos que permitem que juízes ordinários, diante de uma questão constitucional, suspendam o processo e remetam ao órgão constitucional competente para emitir a última palavra sobre constitucionalidade¹²⁹.

Sobre a matriz adotada no ordenamento português e brasileiro, importante esclarecer, inicialmente, que Portugal integra a família romano-germânica e em razão da sua colonização sobre o Brasil. Este também se filia a esse sistema, que se caracteriza pela positivação do direito em um código de normas¹³⁰. No entanto, tem-se assistido uma aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, que resulta na experiência simultânea de todo o Judiciário ou de uma Corte Constitucional exercer a fiscalização das normas em face da Constituição¹³¹.

Na medida em que foram aplicando os institutos puros de constitucionalidade, alguns ordenamentos evoluíram os seus conceitos e adotaram uma combinação entre o difuso e o concentrado para constituir o seu próprio sistema de controle constitucional.¹³² Nesse sentido, são exemplos de conjugação dos sistemas, os controles mistos de constitucionalidade no Brasil e em Portugal, que se desviam da concepção clássica do modelo americano e austríaco. Verifica-se peculiaridades no controle difuso brasileiro com a súmula vinculante e a repercussão geral, bem como a possibilidade de conversão de fiscalização concreta em abstrata no regime português.

Dito isso, independente do modelo adotado, tem-se que o controle (fiscalização) de constitucionalidade encontra-se vinculado à supremacia da constituição e consiste em analisar a compatibilidade de todo o ordenamento jurídico com a Constituição¹³³. São mecanismos que verificam a regularidade das normas com a lei fundamental, aplicando sanções em caso de conflitos constitucionais¹³⁴. Desse modo, para o exercício dessa fiscalização, é necessário a existência de uma constituição como norma jurídica fundamental, bem como de um órgão jurisdicional para efetivar o controle, seja ele por competência conferida a todos os juízes (difuso) ou reservado a único ente (concentrado).

¹²⁹ URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p. 30-33.

¹³⁰ Sobre a temática, conferir a nota nº 6.

¹³¹ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz – **Op. Cit.** p. 42-63.

¹³² A doutrina aponta um terceiro sistema além dos tradicionais e o misto. É o modelo atípico adotado na França, uma vez que o órgão incumbido de jurisdição constitucional (*Conseil constitutionnel*) é visto como um regulador dos poderes públicos. Ver URBANO, Maria Benedita – **Op. Cit.** p.34.

¹³³ MORAES, Alexandre de - **Direito constitucional.** p.248-249.

¹³⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de Direito Constitucional. Vol. II.** p.1267-1268.

CAPÍTULO 2 – DO MODELO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADO EM PORTUGAL E NO BRASIL

2.1 Do Controle (fiscalização) de Constitucionalidade em Portugal

Após uma exposição perfunctória dos modelos de controle de constitucionalidade, pretende-se neste tópico, apresentar um cotejo sobre o mecanismo, a partir das contribuições doutrinárias de cada país, especialmente sobre o objeto, a legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade da competência para decidir e dos efeitos da decisão.

2.1.1 Evolução do Controle de Constitucionalidade em Portugal

Antes de proceder com análise propriamente dita das formas de fiscalização no sistema português, importante apresentar de forma sumária os três principais períodos de evolução da jurisdição constitucional do país¹³⁵. O primeiro, compreende as constituições monárquicas (1822 a 1911), cujo modelo de fiscalização é essencialmente político. O segundo marco é na vigência das Constituições de 1911 a 1976, com adoção de um modelo de fiscalização judicial e difusa da constitucionalidade, cujas linhas estruturais são influenciadas pelo *judicial review* desenvolvido nos Estados Unidos da América, bem como através da influência da Constituição Brasileira de 1891. E por último, a partir da Constituição de 1976, mantendo-se o modelo difuso integrado a forma concentrada e combinado a um sistema misto com fiscalização política entre os anos de 1976 e 1986¹³⁶.

Nesse sentido, destaca-se que, com a proclamação da República no Brasil em 15 de novembro de 1889, os republicanos instituíram, inicialmente, no governo provisório, a constituição Provisória da República Federativa do Brasil e através do Decreto n. 848, de 11/10/1890¹³⁷, sob a inspiração do *judicial review* americano expandiu e fortaleceu o judiciário, incumbindo-lhe a função do controle difuso e concreto da constitucionalidade, bem como a sua autonomia enquanto poder constituído.¹³⁸ Posteriormente, foi referendada a primeira constituição republicana em 1891, cujo documento tinha conteúdo liberal em substituição ao

¹³⁵ Para análise desses períodos aponta-se os ensinamentos de Jorge Bacelar que descreve a evolução da fiscalização portuguesa em três momentos. O primeiro monárquico liberal, entre as constituições monárquicas, com ausência de controle jurisdicional. O segundo, denominado de republicando liberal incorporou a fiscalização judicial difusa. E o terceiro, seria a fase autoritária, por conter a fiscalização política integrada a judicial. Destaca ainda o autor atualmente vigora a fiscalização jurisdicional de sistema misto, difuso e concentrado. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p.1272-73.

¹³⁶ Jorge Miranda faz uma reconstrução história da jurisdição constitucional portuguesa, destacando as peculiaridades de cada período da evolução e suas fases. O primeiro período (1822 a 1911) é marcado puramente pela fiscalização da política, sem contemplar controle de constitucionalidade pelos Tribunais. Com relação ao segundo período, destaca que pode ser dividido em três fases: 1) Compreendida entre 1911 e 1933, com a inovação da fiscalização jurisdicional difusa, sob a influência da Constituição Republicana Brasileira de 1891; 2) Entre os anos de 1933 e 1974, mantendo-se a fiscalização difusa e limitada; 3) Entre 1974 e 1976, coexistência da fiscalização difusa com órgãos políticos revolucionários. Por fim, o terceiro período, que pode ser compreendido por duas fases: 1) entre 1976 e 1982, preservou a forma difusa, integrada ao modelo concentrado pela Comissão Constitucional (órgão substituído pelo Tribunal Constitucional) e a fiscalização política; 2) A partir de 1982 com a revisão constitucional, adota-se a forma mista com controle judicial difuso e concentrado no formado Tribunal Constitucional. MIRANDA, Jorge - **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. p.155-170.

¹³⁷ Sobre o cerne do movimento que rompeu com a monarquia e instaurou a república, ver CERQUEIRA, Marcello – **Op. Cit.** p. 433-442.

¹³⁸ Segundo Lenio STRECK, o Decreto n. 848, de 11/10/1890 tinha uma forte influência do sistema americano com a previsão de um órgão do judiciário incumbido de realizar o controle de constitucionalidade, nos termos do art. 59.º §1.º, a e b que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar recursos das sentenças das justiças dos Estados em única instância, bem como a disposição do art. 60.º do mesmo diploma que outorgava a competência a todos os juízes e tribunais para analisar controle difuso diante de um caso concreto. STRECK, Lenio Luiz - **Jurisdição constitucional -Op. Cit.** p.130-133.

regime político anterior fundado no poder unitário e centralizador. Aponta-se, ademais, a adoção do federalismo e do presidencialismo, bem como a inserção ampla dos direitos fundamentais.¹³⁹

De modo semelhante, a Constituição Republicana portuguesa de 1911 aboliu o regime monárquico e instaurou a República, migrando, entretanto, para um sistema parlamentarista¹⁴⁰. Apesar disso, recebeu a influência da constituição brasileira de 1891¹⁴¹, especialmente no que se refere à fiscalização judicial, tornando-se a primeira constituição na Europa a adotar o sistema americano do controle incidental difuso da constitucionalidade, atribuindo a todos os órgãos jurisdicionais a competência sobre a constitucionalidade de uma norma diante de um caso concreto¹⁴².

Com efeito, a adoção do controle jurisdicional difuso no ordenamento português ocorreu com a vigência da Constituição de 1911, sob a influência do modelo americano e os influxos da Constituição republicana brasileira de 1891¹⁴³ e influxo do jurista brasileiro Ruy Barbosa¹⁴⁴. É considerada uma norma inovadora na Europa, em razão da redação dada pelo art.63^{o145} da Carta, ao reconhecer a fiscalização jurisdicional a cargo dos Tribunais no controle dos atos legislativos em desacordo com a Constituição, consagrando o *judicial review* do direito norte-americano, sendo mantida esta acepção até os dias atuais.

¹³⁹ Nesse sentido, BRANDÃO, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 116-117.

¹⁴⁰ Sobre o contexto histórico-político da Constituição Republicana portuguesa de 1911, ver MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito Constitucional. Tomo II.** p. 144-146.

¹⁴¹ Analisando o conteúdo das constituições, verifica-se que a Constituição portuguesa também recebeu influxo da brasileira, em outros aspectos, a exemplo do amplo leque de direitos fundamentais e da instituição do *habeas corpus*. A Constituição de 1911 previa a instituição do *habeas corpus* (n.º 31 do artigo 3.º) e com relação a ampliação dos direitos fundamentais no seu artigo 4.º. Do lado brasileiro, a previsão encontrava-se, respectivamente, no art. 72.º, § 22 e no art. 78.º da Constituição da República de 1891. CONSTITUIÇÃO Política da República Portuguesa. **Diário do Governo, Série I.** N.º 195 (21-08-1911). p. 3525-3528.

¹⁴² MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p. 156-157.

¹⁴³ Nesse sentido, observa José Joaquim Gomes Canotilho que o “art. 63.º da Constituição de 1911 representa a consagração formal do princípio da *judicial review* dos actos legislativos desconformes com a constituição. Costuma ver-se no texto da primeira constituição republicana o rasto da constituição brasileira de 1881 (que legitimou também, no Brasil, a implantação da República)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p. 974. Partilhando de semelhante conclusão dispõe Pedro Trovão do Rosário, que “Con una nítida influencia de las Constituciones norteamericana y brasilera de 1891, la Constitución Portuguesa de 1911 inició la garantía contenciosa de la Constitución. La Constitución de 1911, por primera vez, consagra el principio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en su artículo 63.º”. ROSÁRIO, Pedro Trovão - Tribunal Constitucional: ¿un legislador negativo o positivo? - **Op. Cit.** p. 713.

¹⁴⁴ Nesse exato sentido expressou Gilmar Mendes que o pensamento de Ruy Barbosa é considerado marcante para o reconhecimento do modelo americano no ordenamento brasileiro. Ver, MENDES, Gilmar Ferreira - O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Caderno Virtual.** p. 1-23.

¹⁴⁵ Preceituava o art. 63º que “O Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados”. CONSTITUIÇÃO Política da República Portuguesa. **Diário do Governo, Série I.** N.º 195 (21-08-1911) - **Op. Cit.** p. 3525-3528.

Após uma síntese do período evolutivo do controle de constitucionalidade em Portugal, atualmente, consagra-se um sistema jurisdicional misto, incorporando o modelo americano da *judicial review of legislation* (controle difuso) e o modelo austríaco de fiscalização concentrada (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)¹⁴⁶. Neste sentido, de acordo com o que prescrevem os arts. 204 e 221º. e segs. e 278 da CRP, cabe a fiscalização aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional, este último órgão, supremo e guardião da Constituição¹⁴⁷. Desse modo, é reconhecido o exercício do controle de constitucionalidade a todos os Tribunais¹⁴⁸, mediante juízes colegiados ou singulares, porém, com recurso para o Tribunal Constitucional, a quem compete dar a última palavra sobre questões constitucionais¹⁴⁹. É o que a doutrina denomina de “difuso na base e concentrado no topo”. Verifica-se, portanto, que a fiscalização concreta do modelo português, embora tenha presença de outros modelos, a sua matriz não replica as disposições puras e integrais de nenhum deles. Ou seja, essa forma pioneira, é uma combinação da competência descentralizada difusa em apreciar sobre conformidade com a constituição, cuja decisão destes sobre a questão de inconstitucionalidade impõe intervenção necessária do Tribunal Constitucional¹⁵⁰.

Conforme consubstanciado, o sistema português de fiscalização de constitucionalidade é complexo, resultado da coexistência do modelo difuso e do concentrado, cuja atribuição da

¹⁴⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Op. Cit.** p.1274-75.

¹⁴⁷ O Tribunal Constitucional é um órgão constitucional, de posição especial e tem função principal de apreciar questões jurídico- constitucional, cujas decisões não comportam nenhum recurso a outro órgão. Na descrição do art. 222 da CRP “1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes. 2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas. 3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável. 4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República**, Série I. N.º 155 (12-08-2005) p. 4642-4685. Nesse sentido MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.190-191 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 667-668.

¹⁴⁸ Neste ponto, necessário apresentar o sistema constitucional de distribuição da função jurisdicional portuguesa, que segundo art. 209 da CRP, compõe-se: art. 209º.1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos. 4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p. 760-761.

¹⁴⁹ Nesse sentido, MORAIS, Carlos Blanco de - Justiça Constitucional. Tomo II -**Op. Cit.** p.550.

¹⁵⁰ Como salienta Canotilho, a competência do Tribunal Constitucional português é diferenciada em comparação aos demais sistemas com tribunal constitucional, uma vez que no modelo português cabe a apreciação direta sobre (in) constitucionalidade por todos órgãos jurisdicionais com recurso àquela Constitucional, enquanto no modelo tradicional europeu essas questões não são decididas por tribunais comuns e são julgadas diretamente pelo Tribunal Constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p. 985. Entendimento semelhante por MOREIRA, Vital - A Fiscalização Concreta no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional. **Revista Direito Público**. N.º 3. p. 62-77 e MORAIS, Carlos Blanco – Curso de Direito Constitucional II - **Op. Cit.** p. 598.

função de controle cabe aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional. Desse modelo misto, extrai-se quatro modalidades de controle de constitucionalidade, prevista na CRP de 1976, quais sejam: a fiscalização preventiva, a fiscalização sucessiva concreta, a fiscalização sucessiva abstrata por ação e por omissão, o que será analisado as principais características dos controles sucessivos abstrato e concreto de forma geral no próximo tópico¹⁵¹.

2.1.2 Das formas ou tipos de controle de constitucionalidade

Uma vez analisados o processo evolutivo e a atual forma de modelo consagrado em Portugal, passa-se agora a apresentar a sua aplicação a partir de suas características gerais, salientando o objeto, a legitimidade, competência e efeitos da decisão para proceder com a correta interpretação da atuação do Tribunal Constitucional português.

2.1.2.1 Do controle difuso de constitucionalidade

O fundamento da fiscalização concreta de constitucionalidade se encontra no art. 204º¹⁵² da CRP, a qual descreve que “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Esse dispositivo é considerado fundamental para o controle concreto e difuso lusitano, em razão

¹⁵¹ Vital - A Fiscalização Concreta no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional – **Op. Cit.** p. 62-77. Conferir também, NOVAIS, Jorge Reis - **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica.** p.17-28.

¹⁵² Para uma interpretação sintetizada do art. 204º. da CRP, destaca-se Jorge Miranda, quando dispõe: “a) Todos os tribunais, seja qual for a sua categoria (art. 209.º), exercem fiscalização – a qual implica «apreciação», e não simplesmente «não aplicação»; b) A fiscalização dá-se nos «feitos submetidos a julgamento», nos processos em curso em tribunal, incidentalmente, não a título principal; c) Ninguém pode dirigir-se a tribunal a pedir a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas é admissível que alguém se lhe dirija propondo uma ação tendente à declaração ou à realização de um seu direito ou interesse, cuja procedência depende de uma decisão positiva de inconstitucionalidade – é o que sucede hoje, muito especialmente, nas ações para efetivação de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, segundo a Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007; d) A questão de inconstitucionalidade *só pode* e *só deve* ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objeto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento; e) Trata-se de questão prejudicial *imprópria*, porque questão que se cumula com a questão objeto do processo e cujo julgamento cabe ao mesmo tribunal, não se devolve para outro processo ou para outro tribunal. Questão prejudicial própria só se verifica, quando haja recurso para o Tribunal Constitucional; f) O juiz conhece da questão em qualquer fase do processo e, por conseguinte, a sua decisão pode não ser uma decisão final (pode ser o despacho saneador ou a decisão sobre reclamação); g) A questão tanto pode ser suscitada na primeira instância como em recurso; h) Suscitada a questão de inconstitucionalidade em tribunal de primeira instância, tem também ela de ser suscitada em tribunal de recurso, em termos de este saber que tem de apreciar e decidir essa questão”. MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.244-245.

de atribuir a função jurisdicional (inclusive ao Tribunal Constitucional) a competência para decidir seja por iniciativa das partes ou de ofício sobre constitucionalidade. Extrai-se também que a decisão proferida é incidental, uma vez que, a questão principal submetida ao judiciário não diz respeito à dúvida sobre constitucionalidade, apresentando-se esta como uma controvérsia secundária para a solução da lide¹⁵³.

Consoante a interpretação do artigo referido, a forma da fiscalização difusa lusitana é realizada por todos os tribunais, cuja apreciação pode ser mediante provocação das partes ou de ofício pelo próprio juiz, sob questão incidental de constitucionalidade de norma vigente a ser aplicada no caso concreto de processo submetido àquele Tribunal. O que torna esse regime diferenciado da revisão judicial americana, é que desta decisão em caráter subsidiário no processo, sempre caberá recurso ao Tribunal Constitucional português, a quem cabe decidir em definitivo sobre a constitucionalidade¹⁵⁴. Logo, a fiscalização concreta ocorre incidentalmente em processo comum (civil, administrativo ou penal), não podendo ser suscitada como uma questão principal de constitucionalidade¹⁵⁵. O objeto de controle de constitucionalidade (abstrato ou concreto) português incide sobre todas as normas jurídicas¹⁵⁶, nos termos do art. 277º¹⁵⁷ e seguintes da CRP, incluindo os atos normativos primários (leis ou atos equiparáveis), bem como a todos os atos jurídico-normativos em vigor no ordenamento jurídico português¹⁵⁸. Por outro lado, a fiscalização concreta, refere-se às normas que tenham

¹⁵³ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p.35-36.

¹⁵⁴ Conclui Jorge Bacelar que a competência para analisar a constitucionalidade no caso concreto é partilhada em dois momentos processuais, sendo o primeiro realizados pelos Tribunais em geral, provocado pelos litigantes ou por iniciativa dos juízes, em qualquer fase do processo e por último momento, essa fiscalização ocorre exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, mediante recurso da decisão do outro Tribunal. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p.1299 a 1302.

¹⁵⁵ Explica Canotilho e Vital Moreira “Note-se, porém, que a impossibilidade de alguém se dirigir à tribunal para requerer – a título principal – a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não obsta a que o incidente de inconstitucionalidade possa ser provocado mediante a propositura de uma ação declarativa (de simples apreciação, de condenação ou constitutiva) cuja procedência esteja dependente de uma decisão positiva (ou de acolhimento) de inconstitucionalidade”. CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa: anotada -**Op. Cit.** p.520.

¹⁵⁶ Conceitua a norma jurídica objeto de controle, Manoel Cardoso da Costa, que: “Norma, para este efeito, é todo e qualquer preceito normativo, independentemente do seu caráter geral e abstrato, ou individual e concreto, e, bem assim, de possuir, neste último caso, eficácia consuntiva (isto é, de dispensar um acto de aplicação). COSTA, José Manuel M. Cardoso da - A Jurisdição Constitucional em Portugal. **Op. Cit.** p.24-25.

¹⁵⁷ Artigo 277.º (Inconstitucionalidade por acção). 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental. CONSTITUIÇÃO, da República Portuguesa – **Op. Cit.** p. 4683.

¹⁵⁸ No entendimento de Canotilho, as normas podem ser definidas como: “Por controlo de normas entende-se o processo constitucional dirigido à fiscalização e decisão, com força obrigatória geral (com força de lei), do desvalor formal ou material de uma norma jurídica”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição -**Op. Cit.** p. 957-959. Em sentido semelhante, Jorge Miranda descreve que exclui do controle do Tribunal Constitucional quase todos os atos políticos ou de governo e os atos administrativos e as decisões judiciais. MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.196-197 e FONSECA,

sido recusadas a sua incidência por Tribunal, em processos submetidos ao seu julgamento, em razão de sua inconstitucionalidade ou normas que no curso do processo as partes tenham suscitado a inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade é arguida, a título secundário, em qualquer momento do processo comum, não se confundido com a causa principal, porém deve ser conexa a esta e a resolução do caso concreto depende da apreciação da validade da norma perante a constituição¹⁵⁹.

No plano da legitimidade, a inconstitucionalidade da norma pode ser invocada pelas partes, em qualquer fase do processo, em caráter incidente, como também, de ofício pelo juiz ou Tribunal que aprecia a matéria¹⁶⁰. A aptidão para a parte suscitar inconstitucionalidade decorre da defesa de seus interesses no processo ordinário que de forma eventual surge dúvida sobre aplicação da norma em face da Constituição e que dependa da solução do caso concreto. Por outro lado, ao juiz da causa, é dada atribuição oficiosa, uma vez que a fiscalização de normas é indissociável da função jurisdicional, inclusive o autoriza a não aplicar dispositivos que entenda inconstitucionais sem que isso importe em recusa ao cumprimento da lei, bem como não o vincula a norma constitucional apresentada como parâmetro, podendo julgar a partir de outra norma adequada¹⁶¹.

Conforme o destacado art. 221º e 280º da CRP a competência para efetuar controle de constitucionalidade difusa é atribuída aos Tribunais, incluindo-se o próprio Tribunal Constitucional¹⁶². A controvérsia constitucional é apresentada antes de encerrado o poder

Guilherme Frederico Dias Pereira da; DOMINGOS, Inês - **Breviário de direito processual constitucional: recurso de constitucionalidade: jurisprudência, doutrina, formulário**. p. 25-26.

¹⁵⁹ Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito constitucional e Teoria da Constituição - Op. Cit.* p.985-986.

¹⁶⁰ Ver art. 204 da CRP.

¹⁶¹ Para redigir esse trecho tivemos como pano de fundo a descrição sobre apreciação oficiosa, por Jorge Miranda que melhor sintetizou: *a)* O juiz, dado que não está sujeito à invocação da inconstitucionalidade por uma das partes, não tem de aplicar normas que repute inconstitucionais; *b)* A inconstitucionalidade não fica à mercê das partes, porquanto, embora com pretensões opostas, ambas as partes se podem amparar numa lei inconstitucional, dando-lhe ou não interpretações diferentes; *c)* O juiz não fica na situação de, no decorrer de um processo, até certa altura estar a aplicar uma lei, porque nenhuma das partes a arguiu de inconstitucionalidade, e, a partir de certa altura, e porque a uma ocorreu argui-la, deixar de a aplicar; *d)* O juiz não fica na situação de, em certo processo, aplicar uma lei e noutro não, reconhecendo-a sempre inconstitucional, e apenas, porque, no primeiro, nenhuma das partes a impugnou e, no segundo, houve uma que o fez; *e)* Na hipótese de uma das partes invocar a inconstitucionalidade, sem especificar qualquer norma, o juiz não tem de rejeitar a pretensão e declarar-se incompetente, pois está habilitado a averiguar qual a norma que possa ter sido violada; *f)* O juiz não tem de se confinar à norma constitucional invocada como parâmetro; bem pode julgar à luz de outra norma constitucional que tenha por mais adequada ao caso; *g)* Tão pouco tem de se confinar ao vício alegado, pode conhecer de qualquer outro vício ou tipo de inconstitucionalidade; *h)* A não aplicação da norma (ou do segmento de norma) julgada inconstitucional implica a aplicação de norma anterior que aquela haja revogado; e, na sua falta, ou por ela se mostrar também inconstitucional ou por se tratar de inconstitucionalidade superveniente, a necessidade de integrar a lacuna de acordo com os critérios gerais (cfr. arts. 8.º, n.º 1, e 10.º do Código Civil). MIRANDA, Jorge - *Manual de direito constitucional*. Tomo IV - **Op. Cit.** p.246-247.

¹⁶² MORAIS, Carlos Blanco – *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II – **Op. Cit.** p.550. Nesse exato sentido, Jorge Bacelar divide a competência no dualismo dos tribunais em geral e no Tribunal Constitucional em especial. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p.1299 a 1300.

jurisdicional do juiz, quer seja em 1ª ou em 2ª instância, não podendo ser alegado somente em fase de recurso perante o Tribunal Constitucional. A decisão sobre a inaplicabilidade de uma norma cabe aos tribunais judiciais, mas no segundo momento de apreciação ocorre somente através de recurso das decisões dos tribunais para o Tribunal Constitucional, conforme o art. 280.^{o163} da CRP e artigos 70º e 80º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), da qual, em última instância, decidirá a questão¹⁶⁴. Assim, a interposição do recurso que dá acesso ao Tribunal Constitucional poderá ser através das partes ou do Ministério Público, desde que o juiz do processo tenha decidido a questão constitucional, uma vez que é vedado em controle concreto o acesso direto à Corte Constitucional¹⁶⁵.

Em suma, arguida a questão de inconstitucionalidade, sendo esta vinculada à solução do caso concreto, o juiz da causa está, portanto, obrigado a decidi-la. Desse modo, o juiz não pode abster-se de apreciá-la e proceder à remessa direta ao Tribunal Constitucional, uma vez que, em sede de controle difuso, a interposição de recurso de constitucionalidade da decisão proferida pelo tribunal *a quo* é o único meio admissível para acessar a Corte Constitucional. (Art. 204.º, 221.º e 280.º, CRP)¹⁶⁶. É o que marca o sistema misto lusitano, ou seja, difuso na base e concentrado no seu topo, de modo que o juiz da causa tem o dever de julgar a questão constitucional atrelada à causa principal e, depois, o Tribunal Constitucional emite a última palavra sobre a constitucionalidade.

Da conjugação da Constituição de Portugal e da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, decorrem três decisões dos tribunais passíveis de recurso para o Tribunal

¹⁶³ Conferir o Artigo 280.º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade). 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. 2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma; c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). 3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público. 4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 e na alínea d) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos. 5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. 6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos. CONSTITUIÇÃO, da República Portuguesa – **Op. Cit.** p. 4683-4684.

¹⁶⁴ FALCÃO, Paula Margarida Tavares - **Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal**. p.38-39.

¹⁶⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p.1302- 1303.

¹⁶⁶ Neste exato sentido: MOREIRA, Vital – A Fiscalização Concreta no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional. **Op. Cit.** p. 62-77 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição. **Op. Cit.** p. 988.

Constitucional no âmbito do controle concreto: 1) as que recusem a aplicação de alguma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade (art. 280, no 1, “a”, da CRP e art. 70¹⁶⁷, nº1, alínea i); 2) as que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido arguida durante o processo (art. 280, no 1, “b”, da CRP) e, finalmente, 3) as que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 280, no 5, da CRP e art. 70º, nº1, alínea b)¹⁶⁸.

Aponta-se na interpretação do art. 280 da CRP que no âmbito da fiscalização concreta, o acesso ao Tribunal Constitucional se dá através de recurso¹⁶⁹ no âmbito do processo constitucional, desde que previamente tenha havido uma decisão sobre a aplicação da norma pelo juiz comum e a matéria recursal se restrinja à questão da inconstitucionalidade (art. 280, nº 6 da CRP e art. 72º, 2 da LOTC), não se estendendo a competência a questão principal discutida nos autos¹⁷⁰. Vale isto por dizer que, o Tribunal Constitucional somente aprecia recurso decorrente de matéria decidida pelos Tribunais, cujo argumento tenha sido suscitado¹⁷¹ pelas partes ou de ofício no curso do processo comum sobre contrariedade de normas em face da Constituição, não interferindo no julgamento do caso concreto. Cumpre salientar que a alegação de inconstitucionalidade deve ocorrer, incidentalmente, no processo comum e que tenha nexos incindível¹⁷² com a questão principal, isto é, seja o fundamento normativo (*ratio decidendi*) para resolução da lide submetida a julgamento.¹⁷³

¹⁶⁷ Referente as decisões, destaca-se o Art. 70º da Lei nº. 28/82 e suas alíneas correspondentes ao texto. Artigo 70.º Decisões de que pode recorrer-se. 1 - Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; i) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional. LEI n.º 28/1982. **Diário da República, Série I.** N.º 264 (15-11-1982). p. 3822.

¹⁶⁸ Nesse exato sentido, MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.248-249.

¹⁶⁹ Cabe referir a observação de Canotilho sobre o objeto do recurso ao Tribunal Constitucional, segundo o autor, recorre-se de parte do julgado sobre o caso concreto, ou seja, exclusivamente sobre a argumentação da norma a que se reporta a questão de inconstitucionalidade, e esta tem que ser relevante para a decisão da causa apresentada no Tribunal. A questão de constitucionalidade não pode ser confundida com questão principal, pelo contrário, deve ser incidental e importante para a solução do caso concreto. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p. 989.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.248-249.

¹⁷¹ Segundo Jorge Miranda, excepcionalmente, admite-se recurso direto para o Tribunal Constitucional sem a prévia arguição e apreciação pelo juiz comum, desde que as partes não tenham oportunidade processual para suscitar a inconstitucionalidade da norma antes da decisão ou no caso de decisão surpresa proferida pelo juiz sobre aplicação da norma, sem ter a parte como interferir ou suscitar a questão antes da decisão. MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV -**Op. Cit.** p.254. Partilha desse entendimento, NOVAIS, Jorge Reis - **Op. Cit.** p.39.

¹⁷² Como acertadamente afirma Carlos Blanco de Moraes, deve configurar uma relação de prejudicialidade entre o incidente de inconstitucionalidade e o julgamento do processo principal. MORAIS, Carlos Blanco – Curso de Direito Constitucional. Tomo II – **Op. Cit.** p. 808 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição -**Op. Cit.** p. 988.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p.38-39.

Observa-se, em conclusão, que na fiscalização concreta, a norma considerada constitucional pelo Tribunal Constitucional faz coisa julgada no processo, nos termos do art. 80.º da LOTC. Desse modo, os efeitos decorrentes da decisão do Tribunal Constitucional na declaração de norma inconstitucional alcançam somente o caso concreto e vinculam-se as partes que intervieram no processo, mantendo-se a norma em vigor no ordenamento jurídico. Essa limitação dos efeitos da decisão aos sujeitos processuais decorre da existência de uma questão prejudicial a ser julgada na fiscalização concreta, o que a distingue do controle abstrato que inexistente um caso concreto discutido, em razão de ser constituído por um processo principal que tem por objetivo a verificação de constitucionalidade ou legalidade de norma jurídica.

2.1.2.2 Do controle abstrato de constitucionalidade

Como foi mencionado, a justiça constitucional portuguesa coexiste com os dois modelos típicos de controle de constitucionalidade (difuso e abstrato), atribuindo-se aos tribunais, de forma geral, e ao próprio Tribunal Constitucional, em competência exclusiva. Nesse sentido, ao contrário do sistema difuso que depende da aferição de uma questão prejudicial, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, ocorre na sua forma abstrata, realizada diretamente no Tribunal Constitucional Português, por intermédio de um processo principal e objetivo, por ação (neste caso, preventiva ou sucessiva) ou omissão, através de rol de legitimados constitucionais, com competência para declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas¹⁷⁴.

Desse modo, identifica-se no sistema constitucional português, o processo de controle abstrato preventivo, que tem a finalidade de expurgar normas contrárias à Constituição e que estão no processo de feitura no legislativo, cuja competência é exclusiva do Tribunal Constitucional para exercer a fiscalização prévia e a depender de a decisão impeditiva para o ato legislativo entrar em vigor¹⁷⁵. Existe ainda a fiscalização abstrata sucessiva, atribuindo-se,

¹⁷⁴ Nesse sentido, o seguinte comentário de Manoel Afonso Vaz: “Constitui um processo principal e objetivo de confronto de duas normas a se ou, seja despida de qualquer circunstancialismo de aplicação. É, por isso, um controle de tipo concentrado, inspirado claramente no modelo austríaco, em que a competência é exclusiva do Tribunal Constitucional. VAZ, Manoel Afonso Vaz; BOTELHO, Catarina Santos; CARVALHO, Raquel; FOLHADELA, Inês – **Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português**. p. 160-161.

¹⁷⁵ A fiscalização preventiva tem por finalidade a apreciação de inconstitucionalidade (não há hipótese de ilegalidade) e tem por objeto normas jurídicas ainda em fase de conclusão da formação, carentes de promulgação ou assinatura. São características que o distingue do controle abstrato sucessivo. Nesse sentido, ver MORAIS, Carlos Blanco de – *Justiça Constitucional*. Tomo II – **Op. Cit.** p.155

exclusivamente, ao Tribunal Constitucional apreciar a constitucionalidade ou legalidade das normas jurídicas já publicadas, cujo conceito é o mesmo analisado no tópico da fiscalização concreta¹⁷⁶. Assim, em razão da importância do processo na ordem jurídica e constitucional, a competência para dispor sobre a tramitação e para apreciação cabe somente ao Tribunal Constitucional Português, nos termos da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82)¹⁷⁷.

Nestes casos, o processo de controle abstrato tem como único objetivo o interesse público na análise da conformidade ou não da norma jurídica, tendo como parâmetro a Constituição. Noutras palavras, constitui-se de um processo principal com objeto centrado na conformação das normas, dependendo de iniciativa dos legitimados, onde não há uma questão prejudicial ou conflito deduzido em juízo, bem como a existência de partes no processo¹⁷⁸.

Na senda da legitimidade processual ativa, a iniciativa é atribuída aos sujeitos com interesse e de natureza pública (órgãos públicos e seus titulares), não estando reservada a entidades de direito privado ou particulares, nos termos do art. 278 e 281 da CRP¹⁷⁹. Dentro do elenco de legitimados processualmente para a propositura do controle abstrato, há uma distinção entre os autores universais, ou seja, aqueles que estão habilitados a instaurar o procedimento sobre quaisquer normas e em defesa da Constituição. Integram a esse grupo, Presidente da República, presidente da Assembleia da República, 1/10 dos deputados da Assembleia da República, o primeiro-ministro, o Provedor de Justiça e por fim, o Procurador-Geral da República. De outro lado, há o rol de legitimados limitados pela causa de pedir e que guardam um interesse específico, também público, condicionados à análise de pressupostos objetivos e parâmetros normativos. Inclui-se nessa lista, os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das Regiões Autônomas, os presidentes dos Governos Regionais e 1/10 dos deputados das Assembleias Legislativas das Regiões Autônomas¹⁸⁰.

¹⁷⁶ O objeto da Fiscalização serão sempre normas jurídicas, estando afastada a possibilidade de fiscalização sobre atos jurídico-públicos. Ver nota 153.

¹⁷⁷ Nesse sentido, cite-se, também, o art. 281º, n.º. 1 da CRP. Para Jorge Reis Novais, a posição do TC é contramajoritária, uma vez que a sua competência incide em reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo aprovado democraticamente por outro Poder. Nesse sentido, ver NOVAIS, Jorge Reis – Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos -**Op. Cit.** p. 30.

¹⁷⁸ Confira-se MORAIS, Carlos Blanco - Justiça constitucional. Tomo II. **Op. Cit.** p. 156.

¹⁷⁹ Jorge Bacelar apresenta a classificação entre legitimados com poder geral e com fundamentação restrita. Ver. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p. 1307-1308. De modo semelhante, no controle concentrado brasileiro há duas classes de legitimados. Os universais que não precisam demonstrar interesse com a matéria impugnada, pois já decorre de sua atribuição institucional a disposição em defender a supremacia da Constituição. O segundo grupo formado pelos especiais, pois dependem do preenchimento da pertinência temática, ou seja, demonstrar interesse específico na proposição da ação. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de Direito Constitucional. **Op. Cit.** p. 1955-1956.

¹⁸⁰ Confira-se o art. 281º, n.º. 2 da CRP.

No que se refere à instauração do processo, embora não haja parte contrária, a sua iniciativa depende de requerimento do legitimado que tem o ônus de especificar as normas jurídicas violadas, bem como o parâmetro constitucional que deverão ser apreciadas a constitucionalidade ou legalidade pelo Tribunal Constitucional¹⁸¹. No entanto, apesar de existir a necessidade da parte legitimada em fixar o objeto do pedido (norma jurídica), o Tribunal Constitucional não está adstrito à causa de pedir apontada no requerimento, podendo invocar outros vícios ou preceitos diversos na sua fundamentação sobre a constitucionalidade ou legalidade, assim como já ocorre em sua atuação na fiscalização concreta¹⁸².

Em outras palavras, o Tribunal Constitucional poderá no exercício da sua atividade de controle abstrato utilizar-se de parâmetros distintos daquele apresentado pelo polo ativo, bem como até se pronunciar sobre normas implícitas ou contidas ao pedido, o que não encontra ressonância na sua competência é apreciar a constitucionalidade ou legalidade de norma jurídica não requerida pelo legitimado. Por outro lado, como este de tipo de fiscalização tem por fundamento eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica, não havendo controvérsia jurídica intersubjetiva, o processo principal de controle abstrato não se submete a nenhuma limitação temporal, podendo ser arguido e o Tribunal Constitucional se manifestar sobre normas que estejam há muito tempo em vigor¹⁸³.

Como dito anteriormente, a fiscalização abstrata de constitucionalidade também pode ser exercida preventivamente (antes da norma entrar em vigor) e o regime processual imposto a esta hipótese dispõe que a pré-norma questionada não poderá ser aplicada, em razão da sua ausência de vigência. Por outro lado, neste procedimento, ao contrário da modalidade abstrata sucessiva, cabe desistência do pedido¹⁸⁴. Por sua vez, no controle concentrado sucessivo, o ingresso com a impugnação sobre o vício da norma jurídica não enseja a sua suspensão no plano da vigência ou da eficácia, assim como, não se atribui ao Tribunal Constitucional o acolhimento de cautelares nesse sentido. Entretanto, quando a há julgamento pela inconstitucionalidade ou

¹⁸¹ O processo de controle de constitucionalidade abstrato depende do impulso da parte ativa, não havendo requerido ou réu, mas incide a obrigação sobre o requerente o ônus de especificação das normas ditas inconstitucionais ou ilegais e também das normas constitucionais que servirão de parâmetro. Veja-se, a propósito, CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 1007-1008.

¹⁸² Assim como na fiscalização concreta, o TC pode conhecer de inconstitucionalidade de ofício, no controle abstrato, após ingresso do processo pelas partes, poderá fundamentar a sua decisão em normas jurídicas distintas das apresentadas no pedido, bem como não está vinculado aos vícios ou ilegalidades apontadas como objeto do processo e, estender a análise a atos normativos implícitos a norma apontada, em razão da liberdade de apreciação pelo órgão julgador. Nesse sentido, MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Tomo VI - **Op. Cit.** p.300-301. Cite-se o art. 51.º, n.º 5 da LOTC.

¹⁸³ Cite-se GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p. 1309. Confira-se, também, a descrição do art. 62.º da LTC: “1 - Os pedidos de apreciação da inconstitucionalidade ou da ilegalidade a que se referem as alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 281.º da Constituição podem ser apresentados a todo o tempo.

¹⁸⁴ Nos termos do art. 53.º da LOTC: “Só é admitida a desistência do pedido nos processos de fiscalização preventiva da constitucionalidade”.

ilegalidade da norma jurídica impugnada, cabe ao Tribunal Constitucional declarar os efeitos de sua decisão¹⁸⁵.

Em se tratando de controle abstrato sucessivo, nos termos do art. 282.º n.º 1 da CRP disciplina um conjunto de efeitos que tem força obrigatória geral (*erga omnes*), vinculando todos os Poderes (incluindo o Legislativo) e o próprio Tribunal Constitucional, o que difere neste aspecto da fiscalização de constitucionalidade concreta. Desse modo, cumpre distinguir os efeitos nas decisões negativas proferidas pelo Tribunal e, nesta hipótese, não gera coisa julgada material, vinculando-se somente as partes processuais. Por outro lado, nas decisões negativas, quais sejam, as que declaram a inconstitucionalidade, além de produzir caso julgado material, produz efeito geral e obrigatório sobre todos¹⁸⁶. Com relação aos efeitos das decisões na fiscalização de constitucionalidade serão analisados detidamente, mais adiante, quando abordaremos o alcance da decisão do Tribunal Constitucional.

2.2 O papel do TC como Órgão de Justiça Constitucional após a Constituição de 1976

2.2.1 Posição no quadro jurídico – Constitucional

Em Portugal, o Tribunal Constitucional assume relevante importância por ser a instituição principal na atribuição da jurisdição constitucional. A função jurisdicional é confiada aos juízes e aos Tribunais, porém, a Constituição Portuguesa reserva ao Tribunal Constitucional um papel de destaque na estrutura orgânica em relação aos demais tribunais integrantes do judiciário português. Ao mesmo tempo, exerce uma função no sistema político, através de suas decisões¹⁸⁷. Nesse sentido, o art. 221 da CRP, apresenta uma função expansiva definindo como atribuição do TC a de administração da justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional¹⁸⁸.

Nesse contexto, verifica-se uma amplitude nas características atribuídas ao TC, apresentando-se como órgão soberano, independente e autônomo. Nesse passo, atuará como

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 1009.

¹⁸⁶ Nesse sentido, GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p. 1309-1310. Com relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, ver o conteúdo do art. 282 da CRP.

¹⁸⁷ CANOTILHO, Mariana Rodrigues - O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional. N.º 2 (2009). p. 82-101.

¹⁸⁸ Veja-se a precisa observação de Jorge Miranda: “ A amplitude da fórmula destina-se a frisar que o Tribunal não se confina a órgão de fiscalização da constitucionalidade ou legalidade – possui outras competências, sejam atribuídas diretamente por normas constitucionais (art. 223.º, n.º 2), sejam provenientes da lei (art.223.º, n.º 3, já referido). MIRANDA, JORGE - Manual de Direito Constitucional. Tomo VI - **Op. Cit.** p.185 a 188.

um órgão jurisdicional com soberania para julgar matéria pertinente à fiscalização de constitucionalidade e legalidade, com competência para cassar as decisões de todos os tribunais e juízes, em se tratando de interpretação de normas constitucionais. Assim como, a Constituição dota o TC de competência peculiar, conferindo às suas decisões na jurisdição constitucional, um caráter supremo, não passíveis de revisão no âmbito interno, em razão da sua autonomia face toda organização judiciária e responsabilidade na aferição de constitucionalidade das normas¹⁸⁹.

No que diz respeito à sua característica política, o TC é um tribunal com natureza de órgão político de soberania do Estado estando regulado em capítulo autônomo da CRP, em comparação aos outros tribunais, não figurando na estrutura de organização judicial. Ademais, as suas decisões assumem uma posição de intervenção no sistema político, quando do controle jurídico-constitucional das normas, cuja jurisprudência exerce influência nos demais tribunais e nos órgãos políticos¹⁹⁰.

Em razão dessa acentuada densidade política das decisões, Canotilho¹⁹¹ reporta que não há uma unanimidade na doutrina com relação à natureza de órgão jurisdicional do TC. Discorre o teórico mencionando que há autores que negam a sua função jurisdicional, por se tratar de órgão puramente constitucional. Entretanto, o presente trabalho, filia-se à corrente que reconhece o Tribunal Constitucional com caráter político-jurídico constitucional, onde, ao mesmo tempo que tem a atribuição definitiva de última palavra, as suas decisões são prolatadas dentro dos preceitos de um processo judicial em questões constitucionais, possui também características que espelham a sua concepção política, como no sistema de nomeação dos juízes constitucionais.

2.2.2 Composição e nomeação dos juízes constitucionais

¹⁸⁹ Sobre as características do TC, Cláudio Carneiro dispõe que “ é um órgão de soberania, é independente e autônomo, não está dependente nem funciona junto a qualquer órgão. Nesse sentido, o TC possui uma posição de intervenção no sistema constitucional político. ” CARNEIRO, Cláudio – **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal**. p.20.

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 764-765.

¹⁹¹ Conforme observa Canotilho, não há um consenso na doutrina sobre a natureza jurisdicional do TC. A propósito, veja-se o seu comentário: “A sua natureza de órgão jurisdicional do Estado não merece o acordo unânime da doutrina. Salienta-se, por um lado, a sua competência extrajurisdicional (art. 225.72/a, b e d), o «acento político» da sua *jurisdictio* e a escolha política dos seus membros (art. 224.º). Alguns autores vão mais longe, negando carácter jurisdicional às funções de controlo da constitucionalidade e da legalidade exercidas por um tribunal desta natureza. ” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 763-764.

Consoante salientado anteriormente na história constitucional, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições subsequentes confiaram a justiça constitucional a um órgão autônomo e independente designado como Corte ou Tribunal Constitucional composto de juízes constitucionais encarregados de realizar a guarda das constituições. Desse modo, apesar de não estar subjugado a nenhum outro órgão estatal em sua competência, com fundamento na legitimação democrática, o sistema de designação política do quadro do Tribunal Constitucional, seguiu-se composto pela indicação do Presidente com a ratificação do parlamento ou designação após maioria qualificada do parlamento, como em Portugal.¹⁹² Nesse sentido, o art. 222.º da CRP dispõe sobre a forma de composição do Tribunal Constitucional e o sistema de nomeação dos seus juízes constitucionais.

Conforme o artigo referenciado, o Tribunal é composto de treze juízes, sendo dez juízes designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes, com independência funcional (art. 222.º n.º 5), assegurada a garantia da inamovibilidade (art. 216.º n.º 1 da CRP), imparcialidade e irresponsabilidade na esfera penal e civil pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas em lei, com mandato temporário de nove anos, não renováveis (art. 222.º, n.º 3)¹⁹³. Impende mencionar ainda que no modelo de escolha adotado na CRP, a composição do Tribunal é formada obrigatoriamente por juristas, sendo que seis juízes devem ser providos dos outros tribunais (art. 222.º, n.º 2)¹⁹⁴.

O sistema de designação dos juízes constitucionais exige a maioria qualificada de dois terços da Assembleia da República (art. 163º da CRP). No que se refere aos juízes cooptados, a votação é secreta e considera-se aprovado o nome que possuir, no mínimo, seis votos, nos termos do art. 18.º da LTOC¹⁹⁵. Impende destacar que a forma de escolha dos magistrados é confrontada por críticos, por transparecer uma seleção partidarizada que possa comprometer a imparcialidade dos membros designados¹⁹⁶. Por outro lado, a maioria da doutrina defende que

¹⁹² Segundo Canotilho, o Tribunal Constitucional previsto na CRP não adota a forma padrão de composição, pois só há a intervenção da Assembleia da República, excluindo-se outros órgãos da soberania, bem como 03 juízes dos 10 escolhidos são cooptados, o que representa uma legitimação indireta. A propósito, ver Idem – **Op. Cit.** p. 766. Com relação a forma de designação de juízes constitucionais, Jorge Reis Novais, pontua que a designação seja política pode assemelhar a um partidarismo, porém o sistema de escolha atual com aprovação qualificada dos membros, espelha uma composição equilibrada no Tribunal Constitucional. NOVAIS, Jorge Reis – Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos – **Op. Cit.** p. 32-35.

¹⁹³ CARNEIRO, Cláudio – **Op. Cit.** p. 20-21.

¹⁹⁴ CANOTILHO, Mariana – **Op. Cit.** p. 86-87.

¹⁹⁵ Salienta Canotilho que o modelo de tribunal é puramente de juristas, onde sete juízes são obrigatoriamente juristas e os outros seis são escolhidos entre os juízes dos tribunais. Nas palavras do autor: “há uma tendencial coincidência da qualidade de juiz do tribunal com a qualidade de jurista”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 766.

¹⁹⁶ No que se refere a menção sobre a doutrina que confronta a estrutura de composição do TC e sua legitimação, cite-se, como exemplo, MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Tomo VI – **Op. Cit.** p. 148-149, NOVAIS, Jorge Reis – Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos – **Op. Cit.** p. 32-35 e

a sistemática atual de designação, garante a legitimação democrática dos juízes, ao demandar uma maioria alargada, o que resulta na participação plural de partidos políticos, com uma conformação política entre os partidos da base do governo e da oposição, na aprovação do magistrado constitucional, expressando uma formação mais equilibrada do Tribunal Constitucional, bem como garantindo a legitimação da jurisdição constitucional e o respeito ao princípio democrático¹⁹⁷.

Com efeito, não se deve descartar a preocupação com o critério que legitima a atuação dos juízes constitucionais, especialmente o poder que é atribuído às suas decisões que podem resultar na judicialização da própria política. Entretanto, importante destacar que a análise do modelo de composição dos juízes constitucionais não pode ser limitada sob a ótica da desconfiança ou falta de legitimidade, em razão da sua designação depender da eleição pelo parlamento. Supera-se esse argumento, com a escolha sendo efetivada por órgãos representativos da democracia, composto por um denso pluralismo político no exercício da maioria qualificada. Ademais, parece correto quando Jorge Miranda, ao responder o questionamento sobre a imunidade dos juízes à política, afirma que o juiz enquanto pessoa e cidadão “tem a sua formação, precompreensões e sensibilidades próprias (o que não pode é declará-las) e elas manifestam-se nas suas maneiras de ver os fatos e interpretar os preceitos”.¹⁹⁸

Nessa senda, o que se pode concluir é que esse processo de escolha ainda é mais adequado e compatível com a democracia, estando os juízes constitucionais dotados de suas garantias constitucionais e pautado as suas decisões em critérios próprios, conforme a sua compreensão de mundividência, não estando condicionados ao poder político, embora com a judicialização de conflitos políticos haja a tentativa de influenciar no comportamento do Tribunal Constitucional¹⁹⁹.

CANOTILHO, Mariana – **Op. Cit.** p. 86-87. Esses autores defendem o sistema atual, mas ressalvam a existência da divergência.

¹⁹⁷ Sobre o questionamento no critério de escolha dos juízes constitucionais, notadamente sobre a imparcialidade dos magistrados ou a politização da seleção, importante destacar a posição de Jorge Miranda a resposta a esse confronto: “Os membros dos TC não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais Juízes; para garantir dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os titulares dos órgãos de designação, são mais longos e insuscetíveis de renovação.” MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Tomo VI – **Op. Cit.** p. 148-149. Confira-se a nota 189, sobre a menção ao posicionamento de Jorge Reis de Novais.

¹⁹⁸ A propósito, confira-se o trecho expressivo do discurso de Luís Nunes de Almeida sobre a legitimação da jurisdição constitucional, descrito na obra de Mariana Canotilho: “(...) não deve nem pode conduzir à partidarização do Tribunal. (...) Mas tal não impede que, na composição do Tribunal, se deva ter em conta que é imprescindível a existência de uma representação, tanto quanto possível paritária, de juízes com formações culturais e ideológicas diversas; é que, em sociedades como a nossa, em que ocorrem claras fracturas, o Tribunal Constitucional deve reflectir, de modo equilibrado, essas diversas componentes sociais.” CANOTILHO, Mariana – **Op. Cit.** p. 87.

¹⁹⁹ Nesse sentido, Ana Catarina Santos dispõe que os atores políticos têm buscado judicializar as questões políticas no Tribunal Constitucional como forma de legitimação de poder, bem como com a finalidade de através dessas

Superada a temática da composição do Tribunal Constitucional Português, necessário proceder com análise dos efeitos de suas decisões em sede de fiscalização de constitucionalidade, isso como forma obter uma melhor compreensão na interpretação dos posicionamentos do Tribunal Constitucional frente ao problema específico proposto.

2.2.3 O alcance da decisão do Tribunal Constitucional em sede de controle de constitucionalidade concreta e abstrata

Superada a questão da atuação do Tribunal Constitucional, passa-se à análise de cada tipo de decisão que pode ser submetida à Corte Constitucional na fiscalização concreta e na abstrata. Com relação ao controle de constitucionalidade concreta, em primeiro, tem-se o recurso da decisão que recusa a aplicação de norma (art. 280.º n.º 1 e 2 da CRP). Esta norma pode ser oriunda de convenção internacional, de ato legislativo ou decreto regulamentar, neste tipo, da decisão do juiz comum haverá, recurso oficioso pelo Ministério Público (art. 280º 3/5 e art. 72/3 da LTC)²⁰⁰ para o Tribunal Constitucional. Pode ser derivado de outras normas constantes de qualquer diploma, o que só há remessa ao Tribunal Constitucional, através de recurso da parte afetada, uma vez que o Ministério Público não é forçado a recorrer²⁰¹.

Quanto à segunda classe de decisão que se refere à aplicação de dimensão normativa suscitada durante o processo como fundamento da resolução do caso concreto, caberá recurso com o preenchimento de requisitos cumulativos: 1) a norma questionada deverá ser o fundamento da decisão judicial recorrida; 2) a parte que recorre tem que antecipar e argumentar a inconstitucionalidade antes da decisão do tribunal que se pretende recorrer; 3) interposto pela

ações influenciar as decisões proferidas pelos juízes constitucionais. Ver, SANTOS, Ana Catarina - **Papel Político do Tribunal Constitucional**. p.214-215.

²⁰⁰ Dispõe o art. 280º, n.º 3. “Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público. N.º 5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional”. Art. 72º/3, LTC 3 – “O recurso é obrigatório para o Ministério Público quando a norma cuja aplicação haja sido recusada, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, conste de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, ou quando se verifiquem os casos previstos nas alíneas g), h) e i) do n.º 1 do artigo 70.º, salvo o disposto no número seguinte”. Note-se que os recursos oficiosos pelo Ministério Público decorrem de imposição constitucional (art. 280, n.º 3/5, da CRP). As hipóteses de obrigatoriedade fundamentam-se na defesa da ordem jurídica portuguesa. Entretanto, é possível a recusa pelo Ministério Público em recorrer de decisões com orientação já definida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (art. 72º, n.º. 4 da Lei Orgânica). CONSTITUIÇÃO, da República Portuguesa – **Op. Cit.** p. 4683-4684 e LEI n.º 28/1982 – **Op. Cit.** p. 3815-3816.

Nesse sentido, ver MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.268-269.

²⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis – Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos – **Op. Cit.** p.40-41.

parte afetada e após esgotar todos os recursos ordinários²⁰². E por último, das decisões que apliquem normas declaradas previamente inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, o Ministério Público é forçado a recorrer para garantir a segurança jurídica, motivada pela não vinculação do juiz comum a orientação do Tribunal Constitucional²⁰³.

Assim, uma vez decidido o recurso em sede de fiscalização concreto pelo Tribunal Constitucional, o alcance da decisão se restringe ao caso julgado no processo, permanecendo em vigor a norma jurídica apreciada, nos termos do art. 80º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional²⁰⁴, subordinando o tribunal recorrido e o próprio Tribunal Constitucional²⁰⁵. Partindo-se, precisamente, da limitação da competência em apreciar somente a questão de natureza jurídico-constitucional, o alcance da decisão do Tribunal Constitucional é restrito ao caso concreto e com efeitos *inter partes*²⁰⁶.

Em caso de provimento ao recurso, mesmo que parcialmente, os autos retornam ao tribunal de origem, para a depender da situação, haja a reforma da decisão ou adequa a mesma ao julgado da questão de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (art. 80, no 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LOTC)²⁰⁷. Esse sistema em que o Tribunal

²⁰² Canotilho se refere a necessidade de observar os princípios da exaustão dos recursos, a legitimidade específica da parte que suscitou o incidente, da tempestividade processual, viabilidade do recurso e individualização das normas constitucionais infringidas e infringentes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. **Op. Cit.** p. 996. Em sentido semelhante, Jorge Miranda afirma que as imposições de esgotamento dos recursos ordinários buscam evitar a sobrecarga do Tribunal Constitucional. MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV - **Op. Cit.** p.272.

²⁰³ Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis – Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos – **Op. Cit.** p.43-45 e MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV - **Op. Cit.** p.268-269. Observar também a nota 197 que relaciona a possibilidade do Ministério Público se abster do recurso.

²⁰⁴ Artigo 80.º Efeitos da decisão 1 - A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada. 2 - Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade. 3 - No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa. 4 - Transitada em julgado a decisão que não admita o recurso ou lhe negue provimento, transita também a decisão recorrida, se estiverem esgotados os recursos ordinários, ou começam a correr os prazos para estes recursos, no caso contrário. 5 - O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à decisão do recurso previsto na alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º LEI n.º 28/1982 – **Op. Cit.** p. 3815-3816.

²⁰⁵ De acordo com Canotilho “A decisão do TC faz caso julgado no processo. A norma julgada inconstitucional pelo TC não pode ser aplicada nem no processo recorrido nem por qualquer outro tribunal que venha a conhecer dele em fase de recurso (LTC, art. 80º/1). Neste sentido, a decisão do TC (1) faz caso julgado formal, impedindo que a questão volte a ser retomada no processo; (2) faz coisa julgada material no processo no que respeita à questão de inconstitucionalidade suscitada”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e Teoria da Constituição** - **Op. Cit.** p. 1000. Em sentido semelhante GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Op. Cit.** p.1304 e MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.278.

²⁰⁶ Ensina sobre a limitação do julgado, o autor Carlos Lopes Rego ao dispor que “o efeito de caso julgado, decorrente da apreciação do mérito do recurso de fiscalização concreta, está, pois, circunscrito ao âmbito do «processo-base» em que se enxertou o recurso para o Tribunal Constitucional. ” REGO, Carlos Lopes do - **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. p. 299-300.

²⁰⁷ Explica Margarida Falcão que “os tribunais comuns serão obrigados a acatar a decisão do tribunal de topo e reformularem a sua decisão de acordo com a orientação seguida pelo Tribunal Constitucional, num sistema de

Constitucional determina ao tribunal recorrido promova uma nova decisão em conformidade com o parâmetro fixado no julgamento pela Corte é denominado de modelo de cassação mitigado. Desse modo, o regime português em fiscalização concreta não adotou a forma de substituição, ou seja, o Tribunal Constitucional não substitui a decisão recorrida, desta é reenviada ao tribunal a quo para que emita nova decisão, nos termos definidos pela Corte Constitucional.

No que se refere ao controle concentrado abstrato sucessivo, o Tribunal Constitucional, ao proferir decisões positivas na apreciação da inconstitucionalidade ou ilegalidade, tem como regra geral expurgar do ordenamento jurídico a norma jurídica declarada inconstitucional ou ilegal, desde a sua entrada em vigor (*ex tunc*). Nesse sentido, poderá determinar a retroatividade da decisão, o que significa a erradicação da norma jurídica inconstitucional ou ilegal desde o ingresso de sua vigência, bem como determinar a repristinação da norma revogada por outra declarada inconstitucional ou ilegal. No que se refere a inconstitucionalidade superveniente, a declaração poderá produzir efeitos desde a entrada da vigência da nova norma constitucional ou legal. Sucede ainda que o Tribunal Constitucional tem competência e amplos poderes para modular os efeitos da sua decisão, excetuando a retroação pretérita, podendo alargá-los ou até mesmo restringi-los, dado a excepcionalidade do preceito constitucional apreciado, a exemplo do limite na retroatividade dos efeitos aos casos julgados ou com arrimo nas circunstâncias descritas no art. 282. n.º 3 e 4 da CRP (questões de interesse público, segurança jurídica e equidade)²⁰⁸.

Por outro lado, na fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional, impõe como efeito à declaração de inconstitucionalidade por omissão e a determinação de comunicação ao órgão competente legislativo para suprir a omissão faltante, não sendo atribuição do Tribunal o provimento da legislação ausente, dependendo sempre da feitura da norma jurídica pelo Poder Legislativo competente, em respeito ao princípio da separação de poderes²⁰⁹.

Por fim, de forma mais específica, a decisão do Tribunal Constitucional também não possui qualquer efeito vinculativo em relação às suas decisões futuras ou dos tribunais ordinários no que diz respeito às decisões que, em sede de fiscalização concreta ou abstrata, venha a proferir sobre questões idênticas, ocorridos em outro processo distinto da decisão.

cassação mitigado, o que potencia conflitos entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional”. FALCÃO, Paula Margarida Tavares – **Op. Cit.** p.40.

²⁰⁸ Nesse sentido, MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. Tomo VI - **Op. Cit.** p.330-331

²⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada Volume II – **Op. Cit.** p. 987. Nesse sentido, sobre os efeitos da decisão do TC, ver análise de VAZ, Manoel Afonso Vaz; BOTELHO, Catarina Santos; CARVALHO, Raquel; FOLHADELA, Inês – **Op. Cit.** p. 184-185.

Logo, a questão de inconstitucionalidade pode ser retomada em outro processo²¹⁰, inclusive pelas mesmas partes ou terceiros, pois o seu alcance envolve somente aquele caso concreto²¹¹.

2.2.4 A questão do recurso de amparo ou da queixa constitucional e a proteção dos direitos fundamentais

Consoante exposto no tópico sobre enquadramento institucional do Tribunal Constitucional, verificou-se que esse tribunal é designado como órgão de soberania da justiça constitucional portuguesa, tendo suas competências, em se tratando de aferição de constitucionalidade das normas, tipificadas na CRP. Entretanto, dentre as suas atribuições, não se encontra a possibilidade de apreciação direta de uma ação constitucional para proteção de direitos fundamentais, através de recurso de amparo, instrumento inserido em outras jurisdições constitucionais de modelo concentrado no continente europeu, a exemplo da Alemanha e Espanha, assim como do Brasil mediante as ações constitucionais (habeas corpus, o habeas data, mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular) que insere nesse trabalho como objeto de comparação²¹².

²¹⁰ Cabe referir a crítica de Maria Lúcia do Amaral ao modelo português de recurso (fiscalização concreta) quando a sentença do Tribunal Constitucional profere julgamento contrário à decisão do Tribunal ordinário, determinando a sua reforma ou adequação ao conteúdo julgado por aquela Corte, bem como, sobre a possibilidade de repositura de demanda, cuja questão de inconstitucionalidade já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional em controle concreto. Defende a autora que o modelo Europeu (concentrado) permite uma maior pacificação entre as jurisdições constitucional e comum, uma vez que diante de uma questão de inconstitucionalidade, acarretaria uma suspensão de instância e a decisão sobre esta é sempre decidida antes pela Corte Constitucional do que pelo Tribunal sobre a questão principal da causa. Ademais, ao permitir que as normas declaradas inconstitucionais nesses casos continuem vigentes na ordem jurídica pode resultar em desvalorização da própria ordem constitucional, caso haja conflito com outros julgados. AMARAL, Maria Lúcia – **Op. Cit.** p.73-74. Partilha desse mesmo entendimento Jorge Novais que argumenta ainda que o atual sistema português de fiscalização concreta macula a segurança jurídica e a igualdade, ao permitir que uma norma possa ser recusada para um cidadão e posteriormente, em situação idêntica, o Tribunal Constitucional aplica a norma para outra pessoa. Exemplifica o autor nos Acórdão nº 62/2016, 107/2016, 273/2016, do Tribunal Constitucional que julgou inconstitucional por cinco vezes (processos distintos) uma norma do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança (art. 38º, nº1), porém em sede de fiscalização sucessiva abstrata proferiu julgamento pela constitucionalidade da norma, conforme Acórdão nº 194/2017 do TC. NOVAIS, Jorge Reis. Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica – **Op. Cit.** p.60-62. Em sentido contrário, Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes, defendem o modelo português, especialmente por permitir o acesso direto dos cidadãos à Constituição, bem como atribui a todos os juizes a função constitucional de garantia da ordem jurídica constitucional. Afirma que a suposta insegurança jurídica defendida por alguns na fiscalização preventiva seria exagerada, em razão da adoção dos mecanismos do art. 280º, nº. 5 e da possibilidade da fiscalização sucessiva abstrata. MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.279 e MORAIS, Carlos Blanco – Curso de Direito Constitucional. Tomo II – **Op. Cit.** p.983-984.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa: anotada.** **Op. Cit.** p. 918. Partilha desse entendimento MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. Tomo IV – **Op. Cit.** p.279.

²¹² ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo, in Perspectivas de Reforma constitucional em Portugal e no Brasil.** p. 250- 260.

Prosseguindo a abordagem, neste ponto, será apresentada algumas peculiaridades do recurso de amparo, detendo-se a apresentar os principais contornos jurídicos da sua não adoção por Portugal para avançar na compreensão da proteção dos direitos fundamentais e da atuação do Tribunal Constitucional Português. Nesse contexto, cumpre destacar que projetos de revisão constitucional prevendo ações constitucionais de defesa que se assemelham ao recurso de amparo ou queixa constitucional foram propostas e rejeitadas no ordenamento jurídico português, como também há uma grande resistência na própria doutrina e jurisprudência²¹³.

O recurso de amparo ou queixa constitucional constitui num instrumento específico de acesso direto pelos cidadãos a Justiça Constitucional para proteção dos direitos fundamentais, após o esgotamento judicial das vias ordinárias sobre o objeto discutido e dos remédios jurídicos disponíveis ao caso concreto, em razão da exigência da subsidiariedade da ação constitucional²¹⁴.

No âmbito da jurisdição constitucional portuguesa, o Tribunal Constitucional tem um caráter normativo no exercício da fiscalização de constitucionalidade e não prevê institutos específicos que permitam o ingresso de ações para questionar violações aos direitos fundamentais, muito embora a inexistência desses mecanismos não impede a análise desses direitos, uma vez que é realizada juntamente com a norma inconstitucional submetida a Corte Constitucional²¹⁵.

Por sua vez, há, porém, respeitável entendimento na doutrina de Jorge Novais e Maria Lucia Amaral, ao afirmar que o Tribunal Constitucional português não promove a defesa dos direitos fundamentais. Esses autores defendem a transposição do mecanismo processual de

²¹³ Jorge Miranda destaca os projetos não aprovados de Revisão Constitucional nº 2/V, nº 2/VII e nº 4/VII MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. VI – **Op. Cit.** p.288.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 985.

²¹⁵ Segundo a opinião de alguns autores portugueses, a exemplo de Jorge Novais, o modelo lusitano apresenta uma falha na defesa dos direitos fundamentais, uma vez que não dispõe de nenhum recurso ou ação ao particular e a coletividade de alcançar o Tribunal Constitucional quando há descumprimento desses direitos, permitindo-se esse acesso somente quando for argumentação da norma questionada na Corte Constitucional, já que está só tem função normativa. Em registro próximo, Maria Lucia Amaral realça a crítica com a seguinte indagação, “Coloca-se, por isso, a questão de saber se é este o modelo mais adequado para uma eficiente protecção dos direitos fundamentais. Será eficiente uma justiça constitucional que permite que a tutela dos direitos possa vir a depender apenas do modo pelo qual as partes «gerem» os seus interesses no processo?. Ver NOVAIS, Jorge Reis. Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica – **Op. Cit.** p.85-86 e AMARAL, Maria Lúcia. – **Op. Cit.** p. 73-74. Contesta esse argumento, Jorge Miranda ao citar que o modelo misto português tem sido referência para outros Estados de língua portuguesa e apresenta-se positivamente por permitir ao cidadão o acesso direto à Constituição, através de juizes e tribunais, nos termos do art. Artigo 20º da Constituição da República Portuguesa, tornando estes responsáveis pela guarda constitucional. Ademais, para o autor, os juizes e os tribunais também são garantidores dos direitos fundamentais e que a adoção de um recurso ou queixa dirigida diretamente ao Tribunal Constitucional, como na hipótese do recurso de amparo existente na Espanha e Alemanha, teria mais custos que vantagens, podendo resultar em abusos nas interposições e engessamento das atividades no Tribunal Constitucional. MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. VI – **Op. Cit.** p.288-294. Partilha desse mesmo entendimento, MORAIS, Carlos Blanco – Curso de Direito Constitucional. Tomo II – **Op. Cit.** p.1066. Sobre o tema de recurso de amparo, ver ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O recurso constitucional de Amparo - **Op. Cit.** p. 43-63.

acesso direto dos cidadãos a justiça constitucional, reconhecido em inúmeros países como resposta adequada às hipóteses de lesão significativa dos direitos fundamentais, o que no seu entendimento não é amparado amplamente pelo atual modelo de fiscalização de normas para a tutela desses direitos pelo TC²¹⁶.

Em sentido oposto e seguindo a linha desse trabalho, manifestam Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes, no sentido de que a ausência desses mecanismos não enfraquece a preservação desses direitos, uma vez que a constituição portuguesa garante a todos a tutela jurisdicional através de juízes e tribunais com jurisdição constitucional. Ademais, a introdução no sistema português de um recurso ou queixa constitucional não enseja necessariamente a efetivação jurisdicional dos direitos fundamentais ao passo que o acesso direto dos particulares ao TC vem acompanhado do congestionamento decorrente de inúmeros recursos dirigidos ao tribunal resultando no alongamento dos processos judiciais, o que poderia impedir a análise dos demais casos com atrasos na decisão, além do que poderia ensejar na potencial conflitualidade entre a jurisdição comum e na jurisdição constitucional, em razão do poder decisório do Tribunal Constitucional em relação aos demais tribunais.²¹⁷

Trata-se de assunto que ainda gera polêmica na doutrina portuguesa, cuja discussão é relevante, notadamente em razão da importância da tutela desses direitos e a delimitação da atuação do Tribunal Constitucional, mormente como órgão central da jurisdição constitucional. Destarte, é certo que o sistema de constitucionalidade portuguesa não prevê um instrumento específico para proteção de direitos fundamentais a ser manejado junto ao Tribunal Constitucional, o que resulta em argumentos distintos da doutrina para a sua adoção legislativa. Em contrapartida, o atual modelo de fiscalização de constitucionalidade portuguesa, embora não proporcione o acesso direto à justiça constitucional, assegura, no seu modelo, uma proteção adequada aos direitos fundamentais, seja pela via abstrata ou pela fiscalização concreta por recurso, através da interpretação das normas jurídicas, resultando num sistema análogo de recurso constitucional do direito comparado.

2.2.5 A fiscalização sucessiva abstrata ou passagem do controle difuso para o abstrato

Por último, cumpre registrar outro peculiar aspecto da atribuição do TC na fiscalização de constitucionalidade em Portugal que é a possibilidade de sua conversão para a fiscalização

²¹⁶ Sobre a temática, ver a nota 81.

²¹⁷ Para melhor compreensão dos argumentos favoráveis e contrários ao recurso de amparo, ver o compilado do debate da doutrina destacado na obra de MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional. VI – **Op. Cit.** p.288-294.

direta e abstrata, cuja decisão é proferida com efeito *erga omnes*. A inserção deste tópico decorre da necessidade de analisar todas as formas de atuação do TC, no processo de fiscalização de constitucionalidade, com viés de examinar o seu posicionamento institucional, o objeto central do trabalho.

É o caso previsto no art. 281, nº 3, da CRP e 82.º da L.T.C²¹⁸, segundo o qual a mesma norma que tenha sido julgada inconstitucional (ou ilegal) em três casos concretos, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou o Ministério Público, requerer o processo de fiscalização abstrata sucessiva, cuja apreciação da constitucionalidade da mesma norma pelo Tribunal Constitucional tem força obrigatória geral²¹⁹. É o que a doutrina denomina de processo de abstrativização ou generalização dos efeitos jurídicos do juízo de inconstitucionalidade²²⁰.

Fundamenta-se esse acesso do controle concreto para o abstrato do princípio da economia, pois evitaria a multiplicação de decisões pelo Tribunal Constitucional, bem como garantia a segurança jurídica e a igualdade entre pessoas em situações idênticas sobre a norma questionada. Ademais, esclareça-se que essa mutação de fiscalização não é automática e depende da iniciativa de qualquer dos Juízes ou do Ministério Público, bem como o Tribunal Constitucional não está adstrito às decisões anteriores²²¹.

Nesse sentido, a Constituição portuguesa prevê a denominada fiscalização abstrata sucessiva ou a passagem do controle incidental para o abstrato²²² que consiste no incidente de declaração de inconstitucionalidade para conferir força obrigatória geral quando do julgamento de uma norma for inconstitucional em três casos concretos pelo Tribunal Constitucional, por iniciativa de seus membros ou do Ministério Público. Nessa hipótese, os efeitos do julgamento no caso concreto alcançam a todos com a generalização do controle difuso²²³. No próximo tópico, será apresentado o contexto brasileiro, onde a decisão em processo incidental é proferida com perspectiva transcendente nas hipóteses do julgamento do recurso extraordinário, sob o

²¹⁸ Artigo 281.º 3 da CRP. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos e o Artigo 82.º da LOTC. Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao Presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei. CONSTITUIÇÃO, da República Portuguesa – **Op. Cit.** p. 4683-4684 e LEI n.º 28/1982 – **Op. Cit.** p. 3815-3816.

²¹⁹ Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica – **Op. Cit.** p.47 e MOREIRA, Vital – A Fiscalização Concreta no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional -**Op. Cit.** p. 77-82.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – **Op. Cit.** p. 1024.

²²¹ MIRANDA, Jorge - Teoria do Estado e da Constituição – **Op. Cit.** p.279.

²²² Terminologia utilizada por Jorge Miranda, ver Idem – **Op. Cit.** p.332-333.

²²³ Canotilho denomina de processo de generalização. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.**p.1024.

regime da repercussão geral, o instituto da súmula vinculante e a suspensão de norma julgada inconstitucional pelo Senado Federal.

2.3 Do Controle (fiscalização) de Constitucionalidade no Brasil

Após a abordagem à fiscalização de constitucionalidade em Portugal, proceder-se-á com a exposição e o cotejo das práticas amparadas no sistema constitucional abstrato e difuso no Brasil, cuja compreensão contribuirá para o que será abordado no capítulo seguinte.

2.3.1 Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil

Assim como ocorreu em Portugal, também no Brasil, tem-se adotado um modelo com aproximação entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. A primeira manifestação de controle no Direito Brasileiro ocorreu com a Constituição Imperial de 1824, consagrando o controle político de constitucionalidade das leis e outorgando somente ao Poder Legislativo essa atribuição. Com a República proclamada em 1889 no Brasil²²⁴, inaugurou-se através do Decreto nº 848 de 1890, com a criação da justiça federal, o controle judicial de constitucionalidade. A Constituição de 1891, sob a inspiração norte-americana em seu bojo o modelo da *judicial review*, ratificou o sistema que permitia a qualquer juiz ou tribunal, apreciar no caso concreto a incompatibilidade de normas com a Constituição Federal, recusando a sua aplicação. Outorga-se ao Poder Judiciário essa competência²²⁵. Era a consagração do controle de constitucionalidade judicial difusa, concreta e incidental²²⁶.

²²⁴ Com a proclamação da república, há uma substituição do regime unitário marcado no Império pela separação de poderes, bem como o federalismo e o presidencialismo com a promulgação da Carta de 1891, positivando-se, também, amplo rol de liberdades fundamentais, a exemplo do habeas corpus. Sobre o cotejo entre essa transição do Império para ideais liberais de Rui Barbosa, ver BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes - **História constitucional do Brasil**. p.249-251.

²²⁵ BRANDÃO, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 112-115 e BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio – **Op. Cit.** p. 27.

²²⁶ Neste ponto, é necessário esclarecer no preste trabalho que à expressão controle “concreto” de constitucionalidade, ou, ainda, “difuso”, refere-se ao controle de constitucionalidade, em caráter incidental, ou seja, aquele que possui uma questão de prejudicialidade para a resolução da lide e não se confunde com a questão principal. Segue-se a linha de Gilmar Mendes quando dispõe que: Ressalte-se que a distinção consagrada na doutrina entre controles “abstrato” e “concreto”, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional -**Op. Cit.** p. 1864/1865.

Além da Constituição de 1891, especialmente em seu art. 59²²⁷ que atribuiu competência constitucional ao Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso na fiscalização judicial difuso, a Lei Federal nº. 221, de 20 de novembro de 1894, em seu art. 13, §10²²⁸, consolidou o modelo no ordenamento brasileiro ao expandir a todos os juízes e tribunais, o qual posteriormente passaria a receber um influxo do constitucionalismo europeu com a introdução da ação direta interventiva em 1934²²⁹ e a adoção da representação de inconstitucionalidade a emenda 16/65 à Constituição de 1946, consolidando a incorporação do paradigma austríaco de controle abstrato de normas²³⁰. Desse modo, o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, na qual a atribuição é confiada à corte constitucional, mediante ações diretas de constitucionalidade²³¹. Consigna-se, por oportuno, assim como em Portugal, não se adota os traços puros de cada matriz de controle, há uma aproximação entre eles, resultando em um modelo misto brasileiro²³².

No tocante ao direito difuso, a sua evolução legislativa não passou por modificações significativas desde sua instituição até a vigente Constituição Federal de 1988. No que se refere ao controle concentrado, foi introduzido a partir da Emenda Constitucional 16/1965, estando previsto após a CRFB, as ações tipicamente do sistema abstrato de constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta

²²⁷ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] 2. Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, §1º, e o art. 60. 3. Rever os processos findos, nos termos do art. 81. §1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. [...] CONSTITUIÇÃO Política da República Portuguesa. N.º 195 (21-08-1911) - **Op. Cit.** p. 3525-3528.

²²⁸ Art. 13. Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União. [...] §10. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. LEI n.º 221/1989. **Diário Oficial da União, Seção I**, p. 16.

²²⁹ Segundo Gilmar Mendes, Constituição de 1934 inovou ao dispor sobre a cláusula de reserva de plenário e atribuição de competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Superior Tribunal (art. 91, IV, c/c o art. 96) com eficácia *erga omnes*, em face da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, proferida em um caso concreto. MENDES, Gilmar Ferreira - O controle incidental de normas no direito brasileiro - **Op. Cit.** p. 1-3.

²³⁰ Idem – **Ibidem**.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto - **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. p. 23-32.

²³² Segundo observa Gilmar Mendes sobre este ponto: “O modelo brasileiro, sobre o qual nos cabe falar hoje, é um dos exemplos mais eminentes desse modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade”. MENDES, Gilmar Ferreira - **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Em sentido semelhante, MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p.134-135.

de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, esta última sem correspondência em Portugal.

Por outro lado, similar ao Direito português, outorga a todos os juízes e Tribunais a competência para recusar a aplicação de lei no caso concreto quando incompatível com a Constituição Federal, bem como inova a não reservar a um único tipo de ação²³³ ou de recurso a função de promover também essa fiscalização e a proteção de direitos fundamentais, a exemplo do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública²³⁴.

2.3.2 Das formas ou tipos de controle de constitucionalidade

O modelo de fiscalização de constitucionalidade no Brasil compreende o sistema abstrato e o concreto, contemplando mecanismos peculiares no exercício de controle de constitucionalidade que não encontram ressonância em outros sistemas, a exemplo de Portugal.

2.3.2.1 Do controle difuso de constitucionalidade

Essa fiscalização é realizada no curso de qualquer ação ou rito processual, diante de uma situação concreta e subjetiva, apresentando-se como uma questão prejudicial e relevante ao julgamento da causa, que deverá ser apreciada previamente pelo judiciário acerca da constitucionalidade ou não da norma, em razão de ser imperioso para o exame de mérito do processo principal²³⁵. A norma a ser analisada poderá proceder da legislação federal, estadual e municipal, bem como de atos secundários, a exemplo do regulamento, da resolução ou da portaria. A legitimidade da arguição é atribuída à iniciativa das partes (autor e réu), pelo Ministério Público, terceiros intervenientes no processo, bem como pelos juízes e tribunais,

²³³ No mesmo sentido, ver a doutrina de Ivo Dantas que “Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser argüida em qualquer grau ou juízo”. DANTAS, Ivo - **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. p. 177-179.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional-**Op. Cit.** p. 1882.

²³⁵ Também assim o entendem José Carlos Barbosa Moreira, ao dispor que no controle incidental, a questão de constitucionalidade se refere a norma a ser aplicada ou recusada na questão principal e, por esta razão deverá ser examinada precedendo ao julgamento da causa. BARBOSA, José Carlos Moreira- **Comentários ao código de processo civil 5**. p.29-30.

estes últimos, podem suscitar de ofício, no primeiro e segundo grau, quando houver silêncio dos envolvidos²³⁶.

Por outro lado, ao contrário dos juízes singulares que efetuam o controle incidental de forma mais simplificada²³⁷, a competência dos Tribunais deve observar a norma contida no art. 97 da CFRB²³⁸, inserida pela Constituição Federal de 1934 e repetida nos demais regramentos²³⁹, cuja inobservância gera a nulidade absoluta da decisão proferida pelo colegiado²⁴⁰ e prevê a denominada cláusula de reserva de plenário, ou seja: exige-se um quórum especial (maioria absoluta) para que os membros ou os membros do órgão pleno do Tribunal possam declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei²⁴¹.

Como acima se disse, a declaração incidental de inconstitucionalidade²⁴² na via incidental perante os Tribunais possui um procedimento diferenciado. A decisão que afasta a aplicação da norma contrária a Constituição deverá ser proferida pelo colegiado do órgão pleno ou especial do Tribunal por maioria absoluta. Desse modo, não se atribui competência ao órgão fracionário (câmaras e turmas) essa competência, embora comporte exceção²⁴³. Assim, diante

²³⁶ Nesse exato sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 131-134.

²³⁷ Sobre o tema, Alexandre de Moraes explica que não se exige dos juízes monocráticos a observância na cláusula de reserva de plenário. MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional. Ob. Cit.** p.526-527. Destaque-se, a análise crítica, da doutrina de Lenio Luiz Streck sustenta que a previsão do art. 97 da CRFB institui uma diferenciação entre a fiscalização manejada pelos juízes monocráticos e pelos tribunais. Afirma o autor que o juiz singular não detém o poder de declarar norma inconstitucional, apenas de recusar a sua aplicação, ao contrário dos tribunais que detém a competência, desde que observado o princípio da reserva de plenário. E por último, compara a fiscalização dos órgãos fracionários com os juízes, classificando que a “câmara pode menos que um juiz” por ter que respeitar a regra do quórum específico. A doutrina majoritária não partilha dessa diferenciação. Em sentido contrário, Alexandre de Moraes afirma que “A cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, mas de- termina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica”. MORAES, Alexandre de - **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. p.245-246. Nesse mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo - **Op. Cit.** p.137 e LENZA, Pedro - **Direito Constitucional Esquematizado**. p. 289-290.

²³⁸ Assim dispõe o art. 97 da Constituição Federal. “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. p. 49.

²³⁹ Refere Luiz Roberto Barroso que a norma do art.97 da CFRB também é aplicada ao controle por ação e concentrado. BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo - **Op. Cit.** p. 138.

²⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal para consolidar a exigência de quórum especial no incidente de declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, editou a Súmula Vinculante 10, com o seguinte teor: “Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97) a decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Para melhor entendimento sobre o tema súmula vinculante, ver: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional - **Op. Cit.** p. 1622-1625.

²⁴¹ MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional - Op. Cit.** p.524.

²⁴² Confira-se a redação dos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil brasileiro que tratam sobre o incidente de declaração de inconstitucionalidade nos tribunais.

²⁴³ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos extraordinários - RREE 150.755-PE e 150.764-PE, tinha firmado entendimento pela dispensabilidade da aplicação da cláusula de reserva de plenário, ou seja, permitindo-se que o órgão fracionário proceda com a apreciação da inconstitucionalidade, desde que exista pronunciamento anterior da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, bem como nas causas em que se aplique a não recepção de normas anteriores à Constituição ou se utilize

de uma arguição de inconstitucionalidade pelos legitimados, o relator encaminhará a apreciação pelo órgão fracionário sobre a questão, decidido pela aplicação da norma por ser constitucional o processo prossegue o seu andamento. Contudo, se a turma ou câmara entender por sua inconstitucionalidade, deverá suspender²⁴⁴ o processo e remeter a questão de constitucionalidade para o órgão pleno ou especial do Tribunal, cuja apreciação se restringe à aplicação ou não da norma e deverá ser por maioria absoluta. Declarada inconstitucional pelo colegiado, devolve-se o processo para o órgão fracionário que estará vinculado a decisão sobre a incompatibilidade do ato normativo no julgamento do mérito da causa²⁴⁵.

Acrescente-se que, na fiscalização difusa perante os Tribunais, também se inclui a efetivada pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁶, nos casos concretos submetidos à sua apreciação. Ressalvadas outras hipóteses de acesso, a exemplo da competência recursal ordinária (nas ações de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e o mandado de injunção), a via mais utilizada para esse controle no STF é pelo recurso extraordinário²⁴⁷, conforme o art. 102, III e § 3º da CRFB²⁴⁸, é interposto pelos legitimados interessados, que devem demonstrar a repercussão geral da questão de constitucionalidade, para que a Corte Constitucional julgue em causas decididas em única ou última instância, após esgotados os recursos ordinários, provenientes de decisão dos Tribunais, juízes ou Turmas Recursais dos juizados especiais, apreciando, por maioria absoluta de seus membros, a compatibilidade da norma aplicada à

da técnica da interpretação conforme. A tese firmada no STF foi incorporada pelos art. 949, parágrafo único, do CPC que assim dispõe: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Nesse exato sentido, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional - **Op. Cit.** p. 1875-1876.

²⁴⁴ Com efeito, a doutrina chama de cisão funcional da competência, quando o órgão fracionário suspende o processo e remete a discussão da constitucionalidade para o pleno do Tribunal, ou seja, atribui-se ao Plenário a competência para decidir sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, após a decisão e vinculado a esta, proferir o julgamento do processo subjetivo submetido aquela turma ou câmara. Nesse preciso sentido: BARBOSA, José Carlos Moreira – **Op. Cit.** p.54; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional - **Op. Cit.** p. 2120 e BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo - **Op. Cit.** p.142.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto - **Idem- Op. Cit.** p.141-144.

²⁴⁶ O Supremo Tribunal Federal é o órgão que compete as funções de Corte Constitucional, composto por 11 membros, nomeados livremente pelo Presidente da República, após prévia aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Apesar de prevê como requisito o notável saber jurídico, não implica necessariamente que o escolhido tenha bacharelado em Direito ou que seja oriundo da carreira da magistratura. Ver MORAES, Alexandre de - Direito Constitucional - **Op. Cit.** p.391-392.

²⁴⁷ MORAES, Alexandre de - Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição - **Op. Cit.** p.246.

²⁴⁸ A propósito o art. 102 e o seu §3º dispõe que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil – **Op. Cit.** p.47.

situação concreta com a Constituição e julgando diretamente a lide²⁴⁹ sem devolver ao órgão fracionário²⁵⁰.

Tal como já foi referido em Portugal, os efeitos da decisão serão os mesmos no Brasil, no controle difuso realizado por juízes ou pelos Tribunais (inclui o próprio STF). A eficácia da decisão sobre a inconstitucionalidade da norma vincula somente as partes participantes do processo (*inter partes*), uma vez que a decisão sobre a compatibilidade ou não da lei é uma resposta a uma arguição decorrente de uma pretensão subjetiva²⁵¹.

2.3.2.2 Do controle abstrato de constitucionalidade

O controle abstrato, por sua vez, foi introduzido posteriormente a forma difusa com representação interventiva, prevista na Constituição de 1934, e, posteriormente, com a ação genérica de constitucionalidade pela via da Emenda Constitucional de 1965 e, apesar da inclusão das ações constitucionais dispostas no texto constitucional de 1988 com a ampliação da legitimação, o que contribui para a relevância desta forma de controle, em razão das controvérsias constitucionais importantes serem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas, contudo, a regulamentação do seu procedimento somente ocorreu com a Lei 9.868/1999²⁵².

Consoante visto, o processo abstrato de normas, exercido de forma direta, tem um caráter eminentemente objetivo, não se identificando partes contrárias ou réus, assim como não há litígio ou um caso concreto a ser decidido, atuando as partes na defesa da ordem jurídica vigente. Impende destacar que no Brasil, o controle abstrato poderá incidir sobre leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal e perante o Tribunal de Justiça, em face de desrespeito à Constituição Estadual, sendo que esta última forma não será tratada neste trabalho²⁵³.

²⁴⁹ Nesse exato sentido, ver BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo- **Op. Cit.** p.173-176.

²⁵⁰ Embora a regra da reserva de plenário aplique-se ao STF, a cisão funcional não se opera quando submetida a controvérsia constitucional ao plenário, uma vez que este procede com julgamento do caso concreto sem reenvio ao órgão fracionário.

²⁵¹ MORAES, Alexandre de - Direito Constitucional - **Op. Cit.** p.527-528.

²⁵² A propósito, Lenio Streck destaca que a Constituição de Portugal prevê a elaboração de uma lei orgânica do TC, onde se estabelece o processo de sua atuação da jurisdição constitucional. Ao passo que no Brasil, a CRF/88 não fez essa menção, em razão da competência da União para dispor sobre Lei Federal, o que foi efetivada onze anos após a promulgação do texto constitucional. STRECK, Lenio Luiz - Jurisdição constitucional - **Op. Cit.** p. 313-314.

²⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira – **Direito Constitucional. Módulo V.** p.55-56.

Para a concretização dessa fiscalização, a Constituição Federal prevê a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Esses são os mecanismos típicos exercidos via ação principal, concentrada no Supremo Tribunal Federal para a sua atuação como legislador negativo na invalidação de norma inconstitucional do sistema jurídico²⁵⁴. Não sendo objeto deste trabalho o estudo aprofundado das ações judiciais que integram o controle de constitucionalidade abstrato, passa-se a analisar sucintamente sobre cada modalidade de ação.

A ação direta de inconstitucionalidade prevista no artigo n.º 102, inciso I, alínea a da CRFB/88, é o instrumento mais utilizado como forma de controle, também é denominada de ação genérica e tem a finalidade de decretar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo²⁵⁵. Desenvolve-se por um processo objetivo, sem a discussão de pretensões subjetivas em disputa ou a existência de partes contrárias, sendo que neste último, há a presença dos legitimados a sua proposição, o que inicialmente, era um ato exclusivo do Procurado Geral da República, foi ampliado com a normatividade do artigo n.º 103 da Carta Magna²⁵⁶. Mencione-se ainda que, assim como em Portugal, há exigência do requisito da pertinência temática, dentre os legitimados, ou seja, a comprovação da relação direta entre o objetivo institucional da parte e o pedido para a propositura da ação²⁵⁷. Ao STF, por seu turno, é atribuída a competência para processar e julgar originariamente a representação, cuja decisão tem efeitos, em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes, permitindo-se a modulação dos efeitos temporais.²⁵⁸

No que tange a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, instituída pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, verifica-se que não encontra singularidade ao instituto no direito comparado, a

²⁵⁴ Nesse sentido, ver o art. 102, I, alínea a e o art. 103, § 1º e 2º da CRFB/88.

²⁵⁵ MORAES, Alexandre - Direito constitucional – **Op. Cit.** p. 530-531.

²⁵⁶ Impende esclarecer que, embora não haja partes contraditórias, há o emprego de legitimidade ativa (rol incluído art. 103, §3º da CRFB/88 e da passiva, exercida pelos órgãos responsáveis pela edição da lei ou ato normativo sendo questionado, cuja defesa é realizada pelo Advogado-Geral da União (AGU) que funciona como um curador da presunção de constitucionalidade. Nesse sentido, ver TAVARES, André Ramos - Curso de direito constitucional – **Op. Cit.** p. 333.

²⁵⁷ Nesse sentido, explica Luís Roberto Barroso que, embora, a legitimidade para propositura se encontra disposta na Constituição, foi acrescentado pela jurisprudência do STF, a exigência da pertinência temática, o que resulta na divisão entre legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. E os legitimados especiais que correspondem ao Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BARROSO, Luís Roberto - **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** p. 121-124

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Op. Cit.** p. 23-32.

exemplo de Portugal²⁵⁹. Por outro lado, no Brasil constitui de um processo objetivo, concentrado no STF e com mesmo rol de legitimados da ADI, consistente em afastar a insegurança jurídica gerada sobre a validade da lei ou ato normativo federais, a partir do reconhecimento da sua constitucionalidade e da uniformização da interpretação com efeitos gerais e vinculantes, preservando a ordem jurídica constitucional²⁶⁰.

Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, o seu processo e julgamento cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei regulamentadora nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, podendo ser manejada diretamente pela via abstrata sobre questionamento de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal ou mediante controle concreto a partir da impugnação da validade da lei aplicada ao caso²⁶¹. Admite-se a ADPF na hipótese para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público, desde que não haja outro meio eficaz de sanar a lesividade, em respeito ao princípio da subsidiariedade²⁶². Como mecanismo de fiscalização abstrata, assemelha-se quanto a legitimidade, requisitos e efeitos aplicáveis às ações diretas declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade²⁶³.

Por último, o sistema brasileiro compreende como mecanismo a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão que pode ser efetivada pelo controle abstrato, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e pela via concreta com o mandado de injunção, sendo que este último remédio constitucional constitui uma particularidade do ordenamento brasileiro que não encontra ressonância no ordenamento português²⁶⁴. Analisando o mecanismo de fiscalização abstrata para suprir a omissão inconstitucional, a ADO tem natureza objetiva e corresponde a uma derivação da ação direta de inconstitucionalidade, aplicando-se de modo

²⁵⁹ MIRANDA, Jorge - Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. **Revista Interesse Público**, p. 34-49.

²⁶⁰ TAVARES, André Ramos - Curso de direito constitucional – **Op. Cit.** p. 338.

²⁶¹ Sobre o instituto, destaca Luís Roberto Barroso: “A ADPF vem inserir-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o writ of certiorari do direito norte-americano.” BARROSO, Luís Roberto - O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – **Op. Cit.** p. 188.

²⁶² Sobre a subsidiariedade da ADPF, o art. 3º, §1º, da Lei nº 9.882/99, consagrou o referido princípio. Por outro lado, há controvérsia sobre o alcance do conceito “preceito fundamental”, em razão da lacuna legislativa sobre a definição da expressão. Sobre essa indeterminação, Luís Roberto Barroso dispõe que não há um conjunto de normas e um catálogo não exaustivo que serve de parâmetro para o STF. Para uma melhor compreensão, ver BARROSO, Luís Roberto - O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – **Op. Cit.** p. 192.

²⁶³ Ver o tópico sobre a ação declaratória de inconstitucionalidade.

²⁶⁴ ROSA, André Vicente Pires - **Las omisiones legislativas e su control constitucional**, p. 288-289.

similar a ritualística processual, mantendo-se a mesma competência, legitimados e efeitos aplicáveis²⁶⁵.

Com efeito, após a exposição das formas de fiscalização judicial de constitucionalidade em ambos os países, verifica-se, especialmente, com relação à fiscalização concreta, uma afinidade existente no sistema luso-brasileiro, caracterizado pela competência conferida aos juízes e tribunais, oficiosamente ou por iniciativa da parte, de recusar aplicação de normas inconstitucionais. Por outro lado, no controle abstrato há peculiaridades marcantes em cada sistema, notadamente com relação ao órgão da jurisdição constitucional, atribuição do TC, cuja atuação se restringe à análise da conformidade da norma com a Constituição, ao passo que no Brasil o STF detém outras funções além da guarda da Constituição, o que será analisado a seguir.

2.4 O papel do Supremo Tribunal Federal como órgão da Justiça Constitucional pós-1988

2.4.1 Posição jurídico – Constitucional

O Supremo Tribunal Federal é o Tribunal que exerce, no Brasil, a função de Corte Constitucional, conforme a normatização do art. 102 da CRFB. Além da função de guarda da constituição (uma vez que funciona como Corte Constitucional do país), o STF também acumula as funções de foro especializado e de órgão de cúpula do Poder Judiciário. O excesso de funções atribuídas pelo STF acarretou o que o jurista Oscar Vilhena Vieira intitulou de "Supremocracia"²⁶⁶ quando analisa a proeminência do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais poderes a partir da ampliação dos mecanismos de proteção da Constituição após 1988, não se limitando mais a função de “moderador”, estendendo a sua competência para encerrar questões e concretizar direitos em última palavra, inclusive substituindo as escolhas majoritárias oriundas de decisão de órgãos representativos, ressaltando a supremacia judicial sobre a Constituição. Por outro lado, há uma peculiaridade na Corte brasileira que difere da realidade portuguesa, posto que além das atribuições como uma Corte

²⁶⁵ Não há intervenção do Advogado Geral da União. Ver art. 102º e 103º da CRFB/88.

²⁶⁶ Confira-se, VIEIRA, Oscar Vilhena - Supremocracia. **Revista Direito GV**. p. 441-463.

Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade de normas, são conferidas outras funções que não se relacionam ou que não estão indiretamente interligados com a jurisdição constitucional, a exemplo da sua competência para o processamento e julgamento de infrações penais comuns cometidas por autoridade ou entidade envolvida, como Presidente da República, Vice-Presidente, dentre outras hipóteses, elencados no artigo 102, I, alíneas c a r, da CRFB/88²⁶⁷.

Desse modo, em razão desse acúmulo de atribuições constitucionais e ordinárias, questiona-se na doutrina a sua natureza jurídica de genuína Corte Constitucional espelhando-se nos tribunais do modelo europeu no exercício da jurisdição constitucional. Em defesa da estruturação do STF como um Tribunal Constitucional típico da Europa, tem-se Oscar Dias Corrêa²⁶⁸. Em contrapartida, Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva e Manoel Jorge e Silva Neto²⁶⁹, respondem negativamente ao questionamento, rejeitando a natureza jurídica de Corte Constitucional, seguindo-se a linha de entendimento deste trabalho.

Da análise do quadro amplo de competências elencadas na Constituição, não se enquadra o Supremo Tribunal Federal a nenhum modelo típico, seja como um autêntico Tribunal Constitucional, nos moldes de Portugal por exemplo, ou como uma Suprema Corte pura e simples, notadamente por sua atuação como Corte Ordinária em última instância para os demais tribunais. Entretanto, verifica-se uma mescla das suas características em decorrência da sua atuação no controle concentrado, difuso e demais atribuições²⁷⁰. Assim, independentemente da posição adotada de sua definição sendo ou não uma Corte especificamente Constitucional, reconhece-se ao STF a principal função de intérprete máximo da Constituição republicana brasileira.

²⁶⁷ Ver o art. 102, I, alíneas c a r, da CRFB/88.

²⁶⁸ CORRÊA, Oscar Dias - **Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil**. p. 1-15.

²⁶⁹ MORAES, Alexandre de - **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. p. 1470-1471. Ao sustentar sua posição, dispõe o autor: “Em que tal circunstância depõe contra o reconhecimento do STF como autêntica corte constitucional? Ora, se a corte é “constitucional”, deve ela se posicionar à margem das funções legislativa, executiva e judiciária, compondo, no organograma do Estado, órgão inteiramente independente dos demais poderes, situação que se não presencia no caso do STF”. SILVA NETO, Manoel Jorge - **Curso de direito constitucional**. p. 371-372. SILVA, José Afonso da - **Curso de direito constitucional positivo brasileiro**. p. 555-556.

²⁷⁰ Gilmar Mendes rechaça o caráter de Corte de Constitucional, analisando a natureza a partir do modelo misto de controle de constitucionalidade brasileiro, vejamos: “A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas”. MENDES, Gilmar Ferreira- **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. p. 21-22. Impende registrar que autores como Paulo Bonavides e Nelson Nery Jr defendem uma terceira posição pela a criação de uma Corte Constitucional no Brasil. Citado por GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 18-19.

Nesse viés, assim como nas cortes constitucionais, cabe ao STF o controle de constitucionalidade podendo, pois, invalidar lei ou ato normativo inconstitucional. Nesse contexto de fiscalização de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso, distingue a atuação do Supremo Tribunal Federal em dois papéis distintos: o contramajoritário e o representativo. O papel representativo compreenderia as demandas sociais e de pretensões políticas que não foram concluídas pelo Congresso Nacional. No que tange ao segundo, explica o autor que na atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis, há a sobreposição com relação aos representantes da política majoritária, o que revela o papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Desse modo, o STF é, portanto, órgão investido do poder com a responsabilidade na defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito.²⁷¹ No que tange à forma atuação do STF a abordagem será mais específica quando da análise de suas decisões no próximo capítulo.

2.4.2 Composição e nomeação dos Ministros do STF

O desenvolvimento sobre a composição corresponde a uma das principais distinções entre o Tribunal Português e o brasileiro, notadamente ao número de magistrados e duração do mandato²⁷². No Brasil, a forma de escolha dos Ministros decorre da influência do sistema americano, em razão da vitaliciedade do mandato e a forma de indicação pelo Presidente e da República, após sabatina pelo Senado Federal. Consoante o art. 101 da CRFB, o referido Tribunal é composto por 11 (onze) ministros vitalícios, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, preenchido os requisitos constitucionais de notável saber jurídico e reputação ilibada, mediante livre nomeação pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, competindo aos seus membros o conjunto de garantias da magistratura no art. 95. ° da CRFB/88, quais sejam: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios²⁷³. Diferentemente do TC, no qual os seus integrantes são compostos somente de “homens da lei”, extrai-se da leitura do texto constitucional que não há a exigência para seus membros da imprescindibilidade

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto - Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – **Op. Cit.** p.146. Esclarece o autor que o papel representativo é pouco debatido na teoria constitucional e sensível a crítica ante a possibilidade de o Judiciário invalidar leis e atos normativos derivados de representantes da política majoritária.

²⁷² Em Portugal o juiz fica até no máximo 09 anos. Impende destacar ainda que a expressão Ministro não é designada pela Constituição Portuguesa para se referir ao membro do TC. CARNEIRO, Cláudio – **Op. Cit.** p.20-21.

²⁷³ Ver o teor do art. 101. ° da CRFB

do bacharelado em Ciências Jurídicas, tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura, Ministério Público ou outra carreira jurídica²⁷⁴.

No que concerne ao critério de escolha dos membros do STF que resulta na composição política do órgão, em razão da exclusiva nomeação pelo Chefe do Executivo Federal, após a sabatina do pretenso candidato pelo Senado Federal sofre críticas na doutrina, a exemplo de autores como Alexandre Moraes, Dalmo de Abreu Dallari e Gerson Marques. O posicionamento contrário a forma de investidura, dentre outros aspectos, fundamenta-se no paradoxo de os julgadores, serem escolhidos por critérios meramente políticos que poderia ensejar em um vínculo entre o membro e o Chefe do Poder Executivo decorrente da nomeação, prejudicando a neutralidade de atuação da Corte²⁷⁵.

Nessa senda, defendem a modificação do sistema de ingresso dos Ministros do STF, com fixação de parâmetros a serem observados como a exigência de requisitos de capacidade e qualificação profissional de bacharel em Direito, bem como com respeito a proporcionalidade nas indicações, inserindo representantes dos poderes Executivos, Legislativos e Judiciário com a finalidade de resguardar a legitimidade, independência e imparcialidade do Tribunal²⁷⁶.

Como foi exposto na análise sobre o TC, a Constituição Portuguesa dispõe a forma de composição do Tribunal Constitucional, adotando o modelo mandatário fixo para que haja a renovação dos seus membros. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal apresenta um modelo mandatário vitalício. Vale frisar que o presente tópico não tem a finalidade de apresentar um estudo detalhado sobre os aspectos positivos e negativos no tocante ao processo de escolha dos ministros. Entretanto, a linha deste estudo segue a solução escoreta da doutrina que defende a mudança nas regras para selecionar um novo ministro para assegurar uma efetiva rotatividade e pluralidade de pensamento dos membros que compõem a Corte, evitando-se uma maior politização e influência nas decisões do colegiado.

2.4.3 O alcance da decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade

²⁷⁴ Conferir nesse sentido FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves - **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. p. 486.

²⁷⁵ Rossini Corrêa, destaca que há pressões e articulações que envolvem o sistema de escolha dos membros dos tribunais superiores. CORRÊA, J. Rossini - **Crítica da razão legal**. p. 19-20.

²⁷⁶ Nesse sentido, Dalmo Dallari defende alteração no processo de escolha para permitir uma maior participação da democracia representados por advogados, juizes e do Ministério Público. DALLARI, Dalmo de Abreu - **O Poder dos Juizes**. p. 10-20. Em sentido semelhante, MORAES, Alexandre de - **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição – Op. Cit.** p. 286. Confira também, LIMA, Francisco Gerson Marques de - **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. p. 48-51.

Após essa abordagem pela estrutura do Supremo Tribunal Federal, passa-se, apresentar o alcance de suas decisões conforme o realizado pelo Tribunal Constitucional no ordenamento português, dando ênfase particular aos parâmetros trabalhados nos tópicos anteriores.

Desse modo, iniciando pela fiscalização de constitucionalidade concreta, a decisão não alcança terceiros não integrantes da lide, permanecendo a norma vigente no ordenamento. Feita essa observação, é de registrar que apesar do Brasil ter adotado o modelo americano, não seguiu a sua doutrina do *stare decisis*, cuja decisão das Cortes Superiores, operam sempre efeitos vinculantes aos demais órgãos do judiciário e administração pública.

Por outro lado, a doutrina brasileira tem defendido uma aproximação da matriz do *stare decisis*, no âmbito do controle concreto no STF, devido aos mecanismos ²⁷⁷que permitem que a decisão proferida tenha força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, como nos recursos extraordinários julgados com repercussão geral, por meio da suspensão da execução da lei por ato Senado Federal e, por último, pela aprovação de súmula vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal²⁷⁸.

Quanto ao recurso extraordinário, exige-se que se verse sobre questões constitucionais, devidamente prequestionadas, ou seja, decorrentes de decisões que hajam sido discutidas e apreciadas na instância originária, bem como preenchido o requisito da repercussão geral, que corresponde a questões de relevância econômica, social, política ou jurídica, como descreve o art. 1035, §1º e 8º do CPC/2015²⁷⁹ e transcendam a relação privada das partes do processo. Em caso de não admissão da repercussão geral, consolidando o efeito vinculante em fiscalização difusa, a decisão se estenderá para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica. Sendo reconhecida, será determinado a suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria discutida e pendentes até o pronunciamento definitivo do STF²⁸⁰.

²⁷⁷ Menciona Gilmar Mendes que esses institutos que ampliam os efeitos da decisão no controle difuso transcendendo as partes do processo e alcançando terceiros, é chamado pela doutrina de abstrativização (ou objetivação) do controle difuso de constitucionalidade que consiste numa equiparação dos efeitos da fiscalização incidental com a concentrada. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional - **Op. Cit.** p. 1619.

²⁷⁸ Nesse exato sentido, Alexandre de Moraes sustenta que a adoção desses institutos que conferem força vinculante, “corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*).” MORAES, Alexandre de - Direito Constitucional - **Op. Cit.** p.563. Partilha da mesma opinião, REIS, José Carlos Vasconcellos dos - Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. **Revista de Processo.** p. 57-83.

²⁷⁹ Prevê o Art. 1.035, § 1º e 8º do CPC. ” O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”. CÓDIGO de Processo Civil: Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

²⁸⁰ Registre-se BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo - **Op. Cit.** p.146-173.

Outra hipótese de extensão dos efeitos no controle concreto para eficácia geral pelo STF pode advir por meio da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional no incidente, por atuação do Senado Federal, na regra prevista no art. 52, X, da CFRB²⁸¹. Assim, o procedimento inicia-se com uma comunicação ao Senado Federal da decisão de inconstitucionalidade para que aquele órgão legislativo, em sede de conveniência e discricionariedade, sem prazo fixado, empregue a eficácia geral, suspendendo a lei, no todo ou em parte²⁸².

Por último, o procedimento consagrado no art. 103-A da Constituição Federal²⁸³, consequente da Emenda nº. 45/2004²⁸⁴, denominado de súmula vinculante, cujo objeto é limitado à questão constitucional que tenha sido matéria de decisões reiteradas do Tribunal, desde que haja a aprovação da maioria de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de sobrepujar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas, bem como promover estabilidade, segurança jurídica e economia, ao evitar novas

²⁸¹ Dispõe o Art. 52. “Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil – **Op. Cit.** p. 39.

²⁸² Sobre a função do Senado ser discricionária ou obrigatória a suspensão da exequutoriedade da lei, havia muita discussão doutrinária, porém, o STF e o Senado partilham do mesmo entendimento de que a decisão sobre a inconstitucionalidade cabe a Corte e a competência para suspender a lei na conveniência da Casa Legislativa que, uma vez optando pela suspensão estaria vinculada aos limites do pronunciamento judicial. Ver neste preciso sentido MORAES, Alexandre de - Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição - **Op. Cit.** p.249.

²⁸³ O art. 103-A, declara: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil – **Op. Cit.** p. 47.

²⁸⁴ A Emenda Constitucional 45/2004 é também conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”. Dentre as suas alterações ao sistema constitucional brasileiro, a exemplo da criação do Conselho Nacional de Justiça, destaca-se a criação do instituto da súmula vinculante e da possibilidade de interposição de reclamação no caso de descumprimento pelos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Note-se, que a concepção de uma súmula vinculante e da reclamação constitucional configura o que Canotilho denomina de “precedente jurisprudencial com caráter vinculativo”, típico de países abrangidos pelo *common law*, que ao impor ao judiciário a adotar os entendimentos da Corte Suprema, sob pena de anulação, assegura uma harmonia nas decisões e passa a ser implementado nos ordenamentos filiados ao sistema romano-germânica, através de mecanismos sucedâneos como os instituídos pela emenda constitucional referida. Nesse sentido, ver CANOTILHO, José Joaquim - **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 2725-2726. Em sentido próximo, Sergio Bermudes sustenta que a criação da súmula vinculante apresentou um caminho para resolver os inúmeros recursos impetrados contra decisões que contrariavam o entendimento consolidado na jurisprudência constitucional do Tribunal. BERMUDES, Sérgio - **A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional Nº. 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional Nº. 45, de 8 de dezembro de 2004**. p. 57-58.

demandas idênticas com os julgamentos pelos demais órgãos do judiciário, em consonância com o conteúdo sumulado. A inobservância à súmula vinculante editada resulta na interposição da reclamação ao STF que, em caso de procedência, nos termos do art. 7º, §2º da Lei. 11.417/06²⁸⁵ procede com anulação do ato administrativo ou cassa a decisão judicial impugnada, impondo que outra seja proferida respeitando o pronunciamento da súmula vinculante²⁸⁶.

Sendo assim, conclui-se que no controle difuso o alcance das decisões, em regra, inter partes, para a todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive para o Supremo Tribunal Federal - STF, ressalvado para este último, guardião da Constituição, na apreciação de matéria constitucional, a possibilidade de extensão dos efeitos no controle concreto para eficácia geral.

Em contrapartida, no controle abstrato de normas, prevalece a regra de múltiplos efeitos, sendo eles os retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes. Impende ressaltar que, no caso da declaração de inconstitucionalidade, o alcance da dimensão temporal da nulidade opera sobre a própria lei ou ato normativo, desde a sua origem, inclusive essa retroatividade alcança as sentenças judiciais transitadas em julgado e os atos pretéritos com base nela praticados, sendo retirados do ordenamento jurídico após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A extensão *erga omnes* prevê que a decisão tem eficácia contra todos, sendo desnecessário a suspensão da lei pelo Senado Federal, como ocorre em controle incidental (art. 52, X, da CRFB). E por fim, na sua dimensão institucional, a decisão reflete para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta –não abrangendo o Poder Legislativo. Consigna-se que a jurisprudência do STF tem reconhecido a vinculação à parte dispositiva do julgado, mas também aos seus próprios fundamentos que embasaram a decisão, nos termos da transcendência dos motivos determinantes.

Com a introdução da Lei n.º 9.868/1999, o legislador previu possibilidade do Plenário do Tribunal do STF, mediante quórum qualificado, de modular os efeitos das decisões no âmbito do controle abstrato de normas constitucionalidade brasileiro. Impede destacar que consta experiência análoga na Constituição portuguesa (art. 282 n.º1 da CRP). Desse modo, com a finalidade de assegurar a segurança jurídica das relações e, conseqüentemente, a

²⁸⁵ Art. 7.º “Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”. LEI n.º 11.417/06. **Diário Oficial da União, Seção I.**

²⁸⁶ Em linguagem precisa, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco - Curso de direito constitucional - **Op. Cit.** p. 1922-1924.

supremacia da Constituição, a legislação inovou nas ações diretas do controle abstrato permitindo-se a alteração temporal dos efeitos da decisão e de sua amplitude, desde que presentes os dois requisitos constitucionais, notadamente na maioria de dois terços dos membros do Tribunal e na existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. (Art. 27 da Lei n. 9.868/99).

Nesse contexto, é possível sistematizar a atuação do STF, em tema de modulação dos efeitos de decisão judicial, na declaração da inconstitucionalidade da seguinte forma: Pela restrição da eficácia para todos para afastar a sua aplicação a categoria de pessoas ou até limitando-se o efeito erga omnes em relação a algumas situações já consolidadas (garantia da segurança jurídica, por exemplo). Assim como, a modulação dos efeitos pode alcançar a dimensão temporal, valendo-se somente a partir do trânsito em julgado da decisão (efeito *ex nunc*) ou a partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (eficácia *pro futuro*). Como também pode se conceber a modulação dos efeitos repristinatórios da decisão, declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma ou sem a pronúncia da nulidade da norma.

Ainda neste cenário do alcance dos efeitos jurídicos da decisão, impende destacar que o Supremo Tribunal Federal tem evoluído para adoção de novas técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, a exemplo das técnicas de interpretação conforme à Constituição, da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, e por último do apelo ao legislador, possibilitando ao o intérprete na declaração da inconstitucionalidade, aplicar os efeitos pro futuro a partir da decisão ou de outro momento de juízo de conveniência e oportunidade do Tribunal. Adotando-se essa solução para alteração dos efeitos da decisão, tem-se por exemplo na jurisprudência do STF emblemático caso do regime de fidelidade partidária, que será estudado no terceiro capítulo deste trabalho.

2.4.4 A questão da abstrativização do controle difuso e a mutação constitucional

O controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, igualmente, nos dois países, não possui efeitos gerais, embora comporte exceções que permitam a ampliação dos seus efeitos além das partes do processo (*erga omnes*) como forma de adaptação do modelo da common law (*stare decisis*).²⁸⁷ Nesse sentido, a Constituição portuguesa prevê a denominada

²⁸⁷ Do lado brasileiro, a doutrina justifica a transformação dos efeitos particulares em gerais na fiscalização concreta como uma forma de adequação ao sistema do *stare decisis*. Nesse sentido, manifesta-se Luiz Roberto

fiscalização abstrata sucessiva ou a passagem do controle incidental para o abstrato²⁸⁸ que consiste no incidente de declaração de inconstitucionalidade para conferir força obrigatória geral quando do julgamento de uma norma for inconstitucional em três casos concretos pelo Tribunal Constitucional, por iniciativa de seus membros ou do Ministério Público. Nessa hipótese, os efeitos do julgamento no caso concreto alcançam a todos com a generalização do controle difuso²⁸⁹. No contexto brasileiro, verifica-se a decisão em processo incidental é proferida com perspectiva transcendente nas hipóteses já explicitadas no julgamento do recurso extraordinário, sob o regime da repercussão geral, o instituto da súmula vinculante e a suspensão de norma julgada inconstitucional pelo Senado Federal²⁹⁰.

Vê-se, portanto, notadamente no Brasil, um sincretismo entre o sistema abstrato e o difuso, na medida que há possibilidade da extensão dos efeitos nos instrumentos utilizados na fiscalização concreta, o que se denomina como o fenômeno da abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade²⁹¹. Vale referir, para relembrar o histórico sobre essa temática, do julgamento da Reclamação nº 4.335/2006, que versava sobre a questão da vedação à progressão de regime e da individualização da pena. Em síntese, o Ministro Gilmar Mendes, fundamentando na economia processual e na racionalidade do sistema, discutiu a tese da abstrativização com a possibilidade de modulação dos efeitos na fiscalização concreta e a consequente relativização da atribuição do Senado Federal para garantir publicidade na

Barroso para explicar a razão histórica da suspensão conferida pelo Senado Federal a norma declarada inconstitucional pelo STF em controle incidental, “No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo”. BARROSO, Luiz Roberto - Controle de constitucionalidade no Brasil - **Op. Cit.** p. 102. Em entendimento semelhante, Alexandre de Moraes sobre a súmula vinculante, “A instituição da *súmula vinculante*, pela EC nº 45/04, corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*).” MORAES, Alexandre de - Direito constitucional - **Op. Cit.** p.563. No caso Português, Jorge Reis Novais, apresenta como sucedâneo ao modelo americano, a fiscalização sucessiva abstrata. NOVAIS, Jorge Reis. Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica – **Op. Cit.** p.59-60. Em registro próximo, Canotilho dispõe que embora Portugal não tenha adotado a regra da vinculação aos precedentes do modelo americano, a constituição portuguesa inovou com a previsão do processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controle concreto conferindo efeitos *erga omnes* a decisão em fiscalização abstrata sucessiva. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - **Op. Cit.** p.1024-1025.

²⁸⁸ Terminologia utilizada por Jorge Miranda, ver MIRANDA, Jorge - Teoria do Estado e da Constituição— **Op. Cit.** p.332-333.

²⁸⁹ Canotilho denomina de processo de generalização. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição -**Op. Cit.**p.1024.

²⁹⁰ Ver também as notas 279-280.

²⁹¹ Confira-se o art. 927 do CPC, bem como os dispositivos dos arts. 525, §12 e art. 535, §5º do CPC/15 e o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos Tribunais, disciplinados pelos artigos 948 a 950 do CPC/15.

declaração de inconstitucionalidade, conferindo em mutação constitucional²⁹², os efeitos erga omnes à decisão que declarou a inconstitucionalidade da imposição de regime de pena integralmente fechado, resultando em uma mudança de interpretação com relação a competência do Supremo nas controvérsias da fiscalização concreta, revestindo de eficácia expansiva de suas decisões, sem necessidade de resolução do Senado, para produzir efeitos sobre todos, nos casos do artigo 52, inciso X, da CRFB²⁹³. Impende esclarecer que, neste caso, o plenário entendeu pela inconstitucionalidade da norma, porém não fixou a tese da garantia da eficácia da decisão para todos nas decisões proferidas em sede de controle difuso, que depois serviu de *leading case* para a Súmula Vinculante n. 26²⁹⁴.

O cerne da discussão ganha relevância com a determinação de vinculação dos precedentes proferidos pelo plenário dos tribunais ou pelas cortes especiais com relação aos demais magistrados do respectivo tribunal, implementado pela normatização do art. 927 com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, reforçando a objetivação ou abstrativização e uma aproximação entre os institutos do controle difuso-concreto de constitucionalidade²⁹⁵. Nessa mesma linha, a partir da decisão paradigmática proferida no julgamento ADI's 3.470/RJ e 3.306/ RJ, o plenário do STF, acolhe a tese da abstrativização do controle difuso, entendendo que o artigo 52, X da CRFB teria sofrido uma mutação constitucional, possibilitando que na declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, na fiscalização difusa, os efeitos produzidos seriam erga omnes e vinculante, tal como ocorre no controle concentrado²⁹⁶.

²⁹² Veja-se o conceito de Mutação ou transi o constitucional delineado por Canotilho: "  um processo informal de altera o da Constitui o, que pode conviver com os mecanismos formais (emenda e revisão). Pela muta o constitucional, altera-se o sentido da norma constitucional, sem, contudo, mudar o texto. Para Gomes Canotilho, "  a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constitui o sem altera o do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto. " CANOTILHO, José Joaquim - Comentários   constitui o do Brasil - **Op. Cit.** p. 4027.

²⁹³ Em síntese, Gilmar Mendes, questiona a exigência de que a eficácia geral da declara o de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal. Para o Ministro, a suspensão atribuída ao Senado encontra-se em razões históricas, introduzida desde a Constitui o de 1934, perdendo seu significado, na medida em que há uma amplia o do controle concentrado e a competência do Tribunal na suspensão, em caráter liminar, da eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de Direito Constitucional - **Op. Cit.** p. 1244.

²⁹⁴ No julgamento da Reclama o n  4.335/2006, o Ministro Gilmar Mendes manifestou em seu voto que o art. 52, X, da CRFB teria sofrido muta o constitucional, onde a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso teria, por si só, eficácia geral e vinculante, atribuindo-se ao Senado a fun o de editar resolu o apenas para conferir maior publicidade a esse fato. Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Min. Eros Roberto Grau. A despeito dos argumentos inovadores, a maioria entendeu pela literalidade do art. 52, X, embora a reclama o tenha sido julgada procedente, em decorrência da superveniência da Súmula Vinculante 26, que consagrava o entendimento anteriormente fixado em decisão monocrática. BARROSO, Luiz Roberto - Controle de constitucionalidade no Brasil - **Op. Cit.** p. 107.

²⁹⁵ Sobre o sistema de precedente, conferir a obra de ZANETI JR., Hermes - **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** p.100-120.

²⁹⁶ Nesse sentido, ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves - **Curso de direito constitucional.** p. 1564-1566.

Com efeito, a tese da objetivação no sistema difuso, através da mutação constitucional que resultou na mudança de interpretação constitucional, ao atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante em sede de controle concreto, vem sendo ao longo do tempo, objeto de muitos debates na doutrina brasileira. A doutrina que defende a aplicação de sucedâneos de mecanismos que abrangem os efeitos e eficácia no controle concentrado no controle difuso, sustenta o entendimento com base na economia e celeridade processual, como também por evitar a difusão de decisões conflitantes acerca de temas idênticos ao conferir uma maior segurança jurídica no que se refere às questões de cunho constitucional²⁹⁷. Nesse sentido, cite-se Gilmar Mendes e Eros Grau. Por outro lado, doutrinadores como Lênio Streck e a Nelson Nery Junior, refutam a tese questionando a base central da abstrativização do controle difuso, a mutação constitucional, por não vislumbrar a sua aplicação em face do dispositivo do art. 52, X da CRFB. Apontam, ainda, como argumento, que a expansão dos efeitos e o esvaziamento da competência do Senado Federal, resultam na confusão entre o modelo abstrato e difuso, o que não foi adotado pela Constituição Federal, já que entende pelo o sistema misto de controle de constitucionalidade²⁹⁸.

Em que pese os argumentos contrários, após a entrada do Código de Processo Civil, com a inserção de instrumentos expansionistas no controle difuso, assim como, da leitura das decisões do STF que consolidou a aplicação dos efeitos produzidos na fiscalização abstrata no processo incidental de declaração de inconstitucionalidade, verifica-se uma tendência na à abstrativização do controle difuso, resultando em uma aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade, com a importação de alguns institutos próprios do controle concentrado como forma de preservar a uniformização da jurisdição constitucional, garantindo uma maior legitimidade e racionalidade nas decisões proferidas em sede de controle difuso, que prevê a possibilidade de ajuizamento de reclamação para garantia da autoridade das decisões do tribunal.

2.4.5 Do recurso extraordinário e da proteção dos direitos fundamentais

²⁹⁷ A propósito sobre os argumentos da doutrina expansionista, conferir GRAU, Eros Roberto - **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. p. 27-28.e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de Direito Constitucional - **Op. Cit.** p. 1244.

²⁹⁸ Para melhor entendimento sobre a doutrina contrária a objetivização do controle difuso, ver NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao código de processo civil**. p. 1372-1373 e STRECK, Lenio Luiz -Jurisdição constitucional - **Op. Cit.** 180-191.

Consoante esposado no tópico anterior, a abstrativização em sede de controle difuso de constitucionalidade, pretende importar os efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No que tange ao STF, este tem atribuição para exercer o controle de constitucionalidade difuso via recurso como também mediante as ações constitucionais (habeas corpus, o habeas data, mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular) e através do recurso extraordinário que são uma forma de proteção aos direitos fundamentais.

Além dos remédios constitucionais que são utilizados como mecanismos de proteção a direitos fundamentais diretamente no STF, há a previsão no nosso ordenamento jurídico do recurso extraordinário com o mesmo viés. É instrumento processual e constitucional, com fundamentação vinculada as questões constitucionais que, embora dependa de provocação do interessado, pressupõe a transcendência dos interesses individuais do recorrente²⁹⁹.

Impende destacar que em decorrência do dispositivo que determinava a suspensão pelo Senado (CRFB, art. 52, X) no controle difuso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferiu uma maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ser um processo subjetivo, para assumir, um caráter de defesa da ordem constitucional objetiva. Nesse sentido da abrangência a decisão no controle difuso, por exemplo, decidiu o Supremo no julgamento do RE 377.457/PR e do RE 381.964/MG que na declaração de constitucionalidade, prolatada em sede de recurso extraordinário, conduz à improcedência das ações diretas de inconstitucionalidade que tenham o mesmo objeto, aproximando-se o sistema difuso do concentrado. De forma semelhante, conforme assentado na decisão proferida no HC 82.959 (progressão de regime nos crimes hediondos), apresentada no tópico anterior, a limitação dos efeitos aplicada àquele julgado, em razão da segurança jurídica, em clara objetivação do controle de constitucionalidade difuso, vem sendo implementada no Recurso Extraordinário, a exemplo da modulação de efeitos na decisão do plenário no RE 197.917. Desse modo, percebe-se que os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo, na apreciação de um Recurso Extraordinário ou de uma ação constitucional, por exemplo, não se restringiria apenas ao caso em concreto sob análise, em razão da possibilidade de expansão dos seus efeitos como forma de salvaguardar o texto constitucional³⁰⁰.

²⁹⁹ Confira-se, MORAES, Alexandre de – Direito Constitucional -**Op. Cit.** p.409.

³⁰⁰ O Recurso Extraordinário tem inspiração no mecanismo do *writ of error* do direito americano que tinha a finalidade de resguardar a supremacia da Constituição e das Leis Federais, em suas aplicações pelos Tribunais dos Estados. No Brasil, segundo Mendes, o Decreto n. 848/1890, já fazia a previsão do instituto que depois foi inserido na Constituição de 1891, sendo cabível nos casos de violação de lei federal, de tratados e de atos emanados de autoridades federais; nos casos de confronto entre leis locais e a Constituição Federal; e, ainda, nos casos de polêmica quanto à interpretação de lei federal ou de dispositivo da Constituição Federal. Nesse sentido, Gilmar Mendes apresenta a evolução da jurisprudência do STF no que tange a objetivação do Recurso Extraordinário.

Esse remédio constitucional poderá ser manejado quando, esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação, e tem a finalidade de impugnar, em as causas decididas em única ou última instância, decisão que contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal, para assegurar a supremacia da Constituição³⁰¹.

Nesse contexto, assim como nas ações constitucionais, deve-se reconhecer, portanto, que o recurso extraordinário é importante mecanismo de acesso pleno à justiça e de proteção dos direitos fundamentais, podendo ser interposto diretamente no Supremo Tribunal Federal, desde que preenchidos os requisitos constitucionais do prequestionamento, ofensa direta e frontal à Constituição Federal e da repercussão geral das questões constitucionais³⁰², com a finalidade de uniformizar o controle difuso e garantir o respeito à Constituição³⁰³.

Em outra vertente, consoante já exposto, o Tribunal Constitucional Português tem um caráter normativo no exercício da fiscalização de constitucionalidade e não prevê institutos específicos que permitam o ingresso de ações para questionar violações aos direitos fundamentais, muito embora a inexistência desses mecanismos não impeça a análise desses direitos, uma vez que é realizada juntamente com a norma inconstitucional submetida a Corte Constitucional³⁰⁴. Apesar do traço distintivo entre a competência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional, a despeito de entendimento diverso, acredita-se que ambos Tribunais asseguram os direitos fundamentais.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de Direito Constitucional - **Op. Cit.** p.1621-1622.

³⁰¹ Ver o art. 102.º, III, a a d, da CRFB.

³⁰² Com a Constituição de 1988, verificou-se um aumento excessivo sobre o recurso extraordinário (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos). Como forma de filtrar, a Lei n. 8.038, de 1990, passou a prever o poder do relator de deixar de admitir o recurso na hipótese da matéria pacificada no Tribunal. Contudo, somente com a Lei nº 11.418/2006, veio a regulamentação do § 3º do art. 102 da Constituição Federal, estabelecendo a disciplina sobre o filtro constitucional da repercussão geral nos recursos extraordinários. Segundo Alexandre de Moraes: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.” Ver, MORAES, Alexandre de – Direito Constitucional - **Op. Cit.** p.412-414.

³⁰³ Sobre a finalidade do recurso extraordinário no controle de constitucionalidade, Canotilho vaticina: “O recurso extraordinário serve, assim, para dar uniformidade ao controle difuso de constitucionalidade. Isto é, se o controle difuso tem o mérito de permitir que cada juiz ou tribunal – respeitado, nesse último caso, o art. 97, da CF – examine a prejudicial de inconstitucionalidade, isso não implica a (co)existência de múltiplas respostas acerca da constitucionalidade de uma lei”. Confira, CANOTILHO, José Joaquim - Comentários à Constituição do Brasil- **Op. Cit.** p. 2642.

³⁰⁴ Sobre a temática, ver a nota 212.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL E DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NA JURISDIÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA

3.1 Ativismo judicial: uma expressão multifacetada e contingencial

Com efeito do que se expôs nos capítulos anteriores, vê-se que a após o cenário da segunda guerra mundial houve a consolidação do Estado Constitucional de Direito com o surgimento das constituições dirigentes, o que, por conseguinte, contribuiu para ascensão do Judiciário na implementação das diretrizes e dos direitos fundamentais através da interpretação e do sistema de fiscalização de constitucionalidade. Nesse contexto, observou-se um aumento na judicialização de questões importantes da vida, seja do viés político, moral ou social, o que potencializou a atuação judicial, notadamente na criação do direito.

Objetiva-se neste Capítulo, analisar a origem e as diversas formas de manifestação do ativismo judicial, notadamente no do exercício da fiscalização de constitucionalidade com a finalidade de contribuir para a análise das decisões do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal, pode ser ou não considerada ativista, a partir das dimensões apresentadas.

3.1.1 Origem e as distintas manifestações do conceito

O termo “ativismo judicial”, utilizado em sua acepção originária para designar o poder expansivo do Judiciário na criação do direito, é uma expressão que alcançou destaque no debate doutrinário, notadamente por gerar conflitos terminológicos em decorrência da ausência de uma definição uniforme do seu significado. Esse cenário de imprecisão metodológica sucede da popularização das locuções “ativismo” e também da “autocontenção” judicial que tem saído da

esfera do debate acadêmico para o seu emprego nos meios de comunicação e no sistema político³⁰⁵.

Atribui-se aos Estados Unidos o pioneirismo na utilização da locução “ativismo judicial” após a publicação de um artigo na revista *Fortune* em 1947 escrito pelo historiador e político Arthur M. Schlesinger sobre a atuação da Suprema Corte americana no período do *New Deal*³⁰⁶. A publicação continha uma análise do comportamento dos juízes da Suprema Corte, propondo uma divisão em categorias de personalidade. Nessa classificação, há juízes com protagonismo judicial (Black e de Douglas) que defendem a compreensão da lei e da doutrina de forma mais flexível permitindo que as decisões judiciais possam promover o bem-estar social. De outro lado, há o grupo em defesa da auto-contenção judicial (Frankfurter e Jackson), que detém uma concepção restrita da utilização do poder judicial nas políticas públicas para não configurar uma interferência nos demais poderes eleitos democraticamente para a função, sendo esta a conclusão do autor do artigo ao alertar sobre a prática proativa do judiciário e o risco da sua ingerência na separação de poderes e nos valores da democracia³⁰⁷.

Desde as percepções do articulista Arthur M. Schlesinger, embora sem maiores ponderações jurídicas criteriosas, que a expressão do ativismo judicial expande para outros países, sendo designada também como “Governo dos Juízes” ou “criativismo judicial” para descrever a postura proativa do poder judiciário³⁰⁸. Apesar da sua universalização e da popularização nos meios de comunicação, o ativismo judicial não adquiriu uma uniformidade na sua conceituação. A sua acepção originária parte de uma definição jornalística, sem rigor técnico-científico, que apresenta perfis de juízes e de cortes inclinadas ao exercício expansivo de suas decisões na concretização de valores em matérias com consequências sociais para ser compartilhada além das fronteiras estadunidenses, alcançando outras abordagens de entendimento, a depender do sistema jurídico adotado pelo ordenamento jurídico³⁰⁹.

³⁰⁵ Sobre a imprecisão na definição do termo ativismo, ver DIMOULIS, Dimitri - Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competências. In FRANCISCO, José Carlos, Coord. - **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. p. 261-277.

³⁰⁶ Nesse sentido, ver o relato do autor Kmiec sobre a primeira vez que se utilizou do termo ativismo judicial e da sua repercussão a partir do artigo sobre atuação da Suprema Corte. KMIEC, Keenan D - **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. p. 1441-1477.

³⁰⁷ Sobre esse ponto, explica Keenan Kmiec que Arthur Schlesinger apresentava uma terceira categoria representada pelos juízes moderados, formado por Reed e Vinson. Entretanto, apesar da classificação do perfil dos juízes da Suprema Corte, o seu artigo não fundamentou os critérios utilizados para enquadrar os magistrados em ativistas ou limitados. KMIEC, Keenan - **Op. Cit.** p. 1441-1477.

³⁰⁸ Sobre as terminologias utilizadas para ativismo judicial, ver URBANO, Maria Benedita - “Criação judicial” e “ativismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: **TRIBUNAL Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976**. p. 7-8.

³⁰⁹ Confira-se URBANO, Maria Benedita – Curso de Justiça Constitucional - **Op. Cit.** p.133-134.

Esse contexto de dissenso na sua definição enseja manifestações distintas do ativismo judicial, produzindo sobre a mesma decisão judicial a compreensão de que pode ser considerada liberal ou ativista como também pode ser encarada como sendo uma postura conservadora. Essa ambiguidade do termo, também pode gerar uma leitura sem critério científico e com dupla aplicação sobre a personalidade dos juízes e das cortes, onde um mesmo membro do Judiciário pode ser designado como ativista sobre determinada matéria e a depender do tema levado a julgamento ser apontado com um comportamento de autolimitação judicial.

Note-se, portanto, que o uso pejorativo e sem critérios do conceito de ativismo judicial apontam para decisões que, ao mesmo tempo, sirvam para ser classificadas com atuação considerada ativista ou restrita. Um exemplo, encontra-se desde o berço do ativismo na disputa para enquadrar as decisões da Suprema Corte americana. Há, portanto, no debate norte-americano entre conservadores e liberais o uso do termo ativismo sem uma identificação correta e técnica, o que conduz a uma apresentação do tema baseado em confrontos ideológicos ou partidários, significando de forma distinta a depender da abordagem, desconsiderando o papel institucional da Corte Americana³¹⁰.

A partir desse debate com incerteza conceitual sobre o ativismo americano que a expressão se disseminou no mundo jurídico com repercussão global, porém com várias manifestações da expressão e de sua definição a depender do estudioso ao demonstrar o que era protagonismo intervencionista do Judiciário. Nesse contexto, havia uma necessidade de apresentar critérios e uma definição técnico-jurídica, uma vez que a expansão do controle judicial conduz a implicações, especialmente ao postulado da separação dos poderes. Assim, o argumento em torno do ativismo judicial afasta-se do mero juízo valorativo de um determinado juiz ou Corte de forma individual ou sem rigor para evoluir em outras análises com estabelecimento de parâmetros amparados em fundamentos institucionais³¹¹.

A propósito sobre esses fatores e analisando o debate americano, afirma Keenan Kmiec que não há como conceituar de forma singular o ativismo sendo necessário para o desenvolvimento de sua definição a demonstração de diretrizes, quais sejam: a) associar o ativismo a declaração de inconstitucionalidade de atos em face dos demais atores políticos ultrapassando os limites da competência constitucional; b) desrespeito aos precedentes aplicáveis; c) criatividade judicial em forma de decisões com caráter legislativo; d) desvio dos

³¹⁰ Sobre o debate na doutrina sobre o ativismo judicial e o uso do termo de forma pejorativa, sustenta Carlos Alexandre que essa postura tem se firmado como um obstáculo a apresentação de um conceito adequado, bem como a propagação de uma conotação negativa a sua prática. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. p. 136-137.

³¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Op. Cit.** p. 136-137.

métodos de interpretação, em geral, aplicados e aceitos; e e) julgamentos orientado na busca dos resultados³¹².

Nessa esteira em definir o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso defende a sua utilização pelo Judiciário de forma controlada, conceituando como uma atuação expansiva do Judiciário na efetivação de direitos e valores constitucionais, notadamente em matérias de políticas públicas, podendo implicar na interferência dos demais atores políticos, seja com imposição ou abstenção de condutas, quando da interpretação e alcance das normas constitucionais³¹³. Em contrapartida, Elival da Silva Ramos, associa esse protagonismo intervencionista como indevido pelo Judiciário³¹⁴.

Para Maria Bendito Urbano, conceituar o ativismo judicial é uma tarefa árdua e no seu entendimento identifica-se uma atuação expansiva quando juízes ou cortes constitucionais transpassam questões jurídicas para ingressar na esfera política dos demais poderes. Segue a autora apontando postura ativista também quando há expansão do poder político-normativo com a justificativa de interpretação da constituição, que resultam em concepção ou derrogação normas constitucionais, assim como, de forma construtiva, na criação de direitos em matérias que não seriam de sua atribuição para ocupar o espaço deixado pela inércia dos outros Poderes.³¹⁵

Dos conceitos apresentados, verifica-se que não há unicidade no posicionamento sobre atuação ativista do Judiciário. Um cenário dividido entre aqueles que reagem negativamente por considerar ilegítima essa postura e por desequilibrar o processo democrático com aqueles que defendem a prática ativista, de forma equilibrada, na concretização dos direitos e garantias constitucionais. Consoante foi exposto nos capítulos anteriores, o exercício da função jurisdicional evoluiu da fase inicial passiva de mero aplicador da lei para uma atuação mais abrangente, a partir da ampliação de sua competência, inclusive no controle constitucional de normas, na efetivação valores constitucionais e na proteção a ameaça e lesão de direitos. Nesse contexto, importante relembrar a perspectiva de Kelsen sobre a caracterização da função do Tribunal Constitucional como um legislador negativo, na medida que se reconhece a sua

³¹² Confira a sistematização do autor. KMIEC, Keenan D - The Origin and Current Meanings of Judicial Activism - **Op. Cit.** p. 1441-1477.

³¹³ BARROSO, Luís Roberto - **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. [Em linha]. São Paulo: [sn], 2014. ISSN 1983-392. [Consult. 15 outubro. 2019].

³¹⁴ Destaque-se a cautela apresentada por Elival da Silva Ramos, ao descrever o ativismo como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. p. 129-130.

³¹⁵ Confira-se URBANO, Maria Benedita – Curso de Justiça Constitucional - **Op. Cit.** p.140.

competência para criação do direito quando da análise da invalidade e nulidade de uma lei inconstitucional, resultando na eliminação da norma questionada³¹⁶.

Desse modo, não se pode descer das transformações promovidas na atuação jurisdicional, tampouco, exigir um comportamento passivo ou inerte diante de um caso concreto judicializado, uma vez que a sua função é promover a solução ao conflito apresentado, mesmo sem norma aparente aplicável, com interpretação de postulados e conceitos abertos, sem implicar numa postura ilegítima ou interventiva nos demais poderes. Entretanto, na linha desta pesquisa, defende-se a prática jurisdicional que responde sempre quando provocado, fundamentando as suas decisões a partir do sistema constitucional existente, na ausência de norma com exercício hermenêutico adequado no desvendar de definições abertas, mesmo quando não há atuação dos demais atores políticos, contudo, sem que implique em discricionariedade judicial.

Por outro lado, não entende como uma atribuição normal, o protagonismo intervencionista ilegítimo em situações que há afronta ao processo democrático, com substituição de vontades do Judiciário frente às demais funções e com criação de um direito autônomo e independente da decisão política dos demais poderes. Ocorre que a busca por esse ponto de equilíbrio na atuação jurisdicional em matérias de políticas públicas, bem como no estabelecimento de diretrizes e limites a esse exercício tem produzido debates na doutrina com teses a favor e contra o ativismo judicial.

Diante das inúmeras lições sobre a temática, o que se tem de consenso na doutrina é a multidimensionalidade do ativismo judicial. Assim, para uma melhor sistematização das dimensões sobre o fenômeno, utilizaremos no próximo tópico algumas diretrizes utilizadas por juristas que seguem a linha de entendimento do presente trabalho, como forma de identificar e avaliar, posteriormente, decisões ativistas no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional Português.

3.1.2 Dimensões do ativismo judicial

As lições expostas no tópico anterior denotam a dificuldade em construir um conceito universal ao exercício expansivo do papel do Judiciário. Atente-se, ainda, que é possível imputar uma conduta ativista a um juiz ou Corte pelo julgado em determinada matéria, porém em outras o mesmo magistrado pode atuar sem ativismo. Do mesmo modo, essa postura ativista

³¹⁶ Kelsen, Hans - **Jurisdição constitucional**. p. 263.

em prática decisória pode ser temporária e, posteriormente, o membro ou o Tribunal passar a adotar uma atuação mais contida. Em suma, em razão dessa multiplicidade de manifestações do ativismo judicial, necessário o seu estudo a partir de critérios para a sua identificação na atuação jurisdicional constitucional.

Frente à variedade de conceitos distintos sobre o ativismo judicial e do dissenso entre os estudiosos na unificação em torno do termo, tem-se por harmonia a caracterização do caráter multidimensional do ativismo judicial, tendo em vista os diversos aspectos abrangidos pela expressão. Diante desse cenário, a partir da análise institucional do Judiciário, a doutrina para melhor compreender e enquadrar o instituto do ativismo judicial, apresenta-se uma sistematização em dimensões que funciona como um parâmetro para avaliar as decisões judiciais proferidas por juízes ou por uma corte como sendo ativistas ou não, conforme o critério adotado³¹⁷.

Nesse sentido, diante dessa complexidade de enquadrar uma decisão individual ou uma Corte ativista, será apresentado o entendimento de alguns autores que catalogaram os parâmetros em forma dimensões, contudo, para análise das decisões selecionadas neste trabalho, utilizar-se-á das concepções trazidas pela autora Maria Benedita Urbano.

Dentro dessas dimensões, inicia-se pelas definições sistematizadas de Bradley Canon quando aponta seis cânones para identificar o fenômeno do ativismo judicial, quais sejam: (a) O majoritarismo que revela as políticas que são negadas por meio de processos democráticos; (b) A estabilidade interpretativa que decorre da alteração de entendimentos anteriores do Tribunal; (c) A fidelidade Interpretativa, fruto das disposições constitucionais que são interpretadas de forma contrária às intenções de seus autores; (d) Quando as decisões judiciais afetam e substituem os processos políticos democráticos; (e) A especificidade da política quando as decisões judiciais promovem a sua própria política; (f) A possibilidade de atuação como um legislador alternativo decorrente de decisão judicial que substitui os processos legislativos democráticos³¹⁸. Para William Marshall, o ativismo jurisdicional é classificado em sete facetas, quais sejam: (a) ativismo contramajoritário; (b) ativismo não-originalista (c)

³¹⁷ Segundo Carlos Alexandre Campos, os estudiosos encontram obstáculo para apresentar um conceito único sobre o fenômeno do ativismo judicial, por outro lado, há um consenso doutrinário em promover uma abordagem sob a perspectiva multidimensional para analisar e identificar nas decisões judiciais facetas do ativismo judicial. Para isso, o autor referencia em seu livro autores como Bradley Canon, Keenan Kmiec e William MARSHALL, também estão citados neste trabalho que, a partir de análise de Cortes Supremas, apresentam uma proposta de análise do ativismo em forma de dimensões. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - Dimensões do Ativismo Judicial do STF - **Op. Cit.** p. 136-137.

³¹⁸ CANON, Bradley. "Defining the Dimensions of Judicial Activism". **Judicature**. p. 236-247.

Ativismo de precedentes; (d) Ativismo jurisdicional; (e) Criação de novos direitos; (f) Ativismo remedial e (g) Ativismo partidário.³¹⁹

No entendimento de Keenan Kmiec, o ativismo manifesta-se: (a) com a invalidação judicial de atos constitucionais dos outros poderes; (b) com o desrespeito aos precedentes; (c) com exercício da função criativa legislativa (“*judicial legislation*”); (d) afastamento da metodologia considerada aceitável para interpretação; (e) com decisões judiciais orientadas a um resultado³²⁰.

Na tarefa de revelar as múltiplas expressões do ativismo judicial, Carlos Alexandre de Azevedo Campos dispõe que o fenômeno não decorre de uma atuação deliberada do judiciário, mas decorre da influência de diversos fatores que o autor estruturou em cinco dimensões: (a) a dimensão metodológica que resultada em decisões maximalistas a partir do poder expansivo na interpretação do texto constitucional e na criação de direito infraconstitucional, utilizando-se das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução de texto; (b) a dimensão processual que produz a ampliação da eficácia processual das decisões proferidas; (c) a dimensão estrutural decorre da atuação interventiva ou até de exclusão das decisões dos demais poderes políticos, ocupando os seus espaços de forma substitutiva; (d) na dimensão de direitos, as cortes e juízes avançam as suas posições para concretização de direitos fundamentais, limitando as interferências estatais; (e) E por último, a dimensão antidialógica que afirma a função judicial como único intérprete da constituição³²¹.

Para José Carlos Aragão, o ativismo judicial ocorre em quatro dimensões³²². A primeira dimensão ocorre quando o próprio judiciário determina os deveres aos demais poderes nas políticas públicas. A segunda forma de manifestação decorre da expansão do poder judicial na alteração e complementação de leis e atos administrativos. Há a atuação contramajoritária, decorrente da resistência em acatar decisões políticas dos demais poderes. E por fim, a função criativa que afirma e cria novos direitos³²³.

Apresentando consenso com os autores anteriormente referenciados quanto a dificuldade em unificar a manifestação do ativismo judicial, Maria Benedita Urbano apresenta

³¹⁹ MARSHALL, William P - Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**. p. 101-140. Em comentário sobre a classificação de Marshall, Carlos Alexandre Campos destaca que o autor apresenta a sua classificação na expansão do judiciário no seu próprio campo de atuação. Confira-se CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Op. Cit.** p. 166.

³²⁰ KMIEC, Keenan – **Op. Cit.** p. 1466.

³²¹ Carlos Alexandre de Azevedo – **Op. Cit.** p. 166.

³²² No Brasil, o estudo sobre o ativismo judicial, geralmente, é sistematizado pela doutrina em dimensões, a exemplo de Carlos Alexandre Campos e José Carlos Aragão. Em Portugal, os autores apresentam a concepção do ativismo e da própria autocontenção judicial em forma de situações ou manifestações de cada instituto, a exemplo de Maria Benedita Urbano.

³²³ ARAGÃO, João Carlos Medeiros - **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. p. 30-60.

diretrizes para o reconhecimento em decisões judiciais do fenômeno, em forma de quatro situações³²⁴: (a) Quando os Juízes constitucionais contrários a uma decisão política contida na norma criam uma solução jurídica alternativa e autônoma a vontade dos legitimados democráticos. (b) Quando a decisão judicial promover a criação de direito novo, sob a justificativa de combater a inércia do legislador, mesmo que atuação criativa seja temporária. Nesta forma, exemplifica a autora a Resolução n.º 22610 do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro; (c) Manifesta-se também quando os juízes constitucionais ultrapassam os limites da interpretação da constituição, sob a justificativa de completar e corrigir o texto constitucional com fundamento de normas de sua própria autoria; (d) quando os juízes constitucionais excedem na correção de uma norma constitucional, resultando em sua derrogação. Ilustra essa hipótese com a Reclamação 4335-5 Do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando apresentou a tese de nova interpretação do art. 52, X da CRFB e a abstrativização do controle difuso³²⁵.

Apesar da multiplicidade no catálogo de dimensões pesquisadas, verifica-se muito mais correspondências do que singularidades na identificação de condutas ativistas por juízes e Cortes entre os autores estudados. Desse modo, a opção escolhida pelo trabalho para a compreensão do exercício da função jurisdicional em debate posterior, através dos casos práticos selecionados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunal Constitucional Português, seguirá pela concepção apresentada pela autora Maria Benedita Urbano.

Com base nessas diretrizes, verifica-se os diversos aspectos que o ativismo judicial se revela, apresentando-se, ora na atuação de interpretação expansiva ou correção do texto constitucional, como também no exercício criativo com o fundamento de completar a lacuna do legislativo ou sob a justificativa de garantia e avanço dos direitos fundamentais. Essas situações podem ser encontradas conjuntamente nas decisões, mas também de forma individualizadas, o que pode ensejar numa mesma decisão traços de ativismo e ao mesmo tempo até de características de autolimitação judicial.

3.2 Autocontenção ou autorrestrrição judicial

No plano oposto ao ativismo judicial, encontra-se outra postura atribuída aos juízes e Cortes, denominada de autocontenção ou autorrestrrição judicial. Em breves linhas, o diferencial

³²⁴ URBANO, Maria Benedita – Curso de Justiça Constitucional - **Op. Cit.** p. 140-141.

³²⁵ Ver os comentários sobre o controle difuso e as interpretações do STF no capítulo 2 do presente trabalho.

entre os fenômenos reside na capacidade de interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes. Consoante estudado no tópico anterior, o ativismo judicial manifestado em suas dimensões decorre do poder expansivo do judiciário, por outro lado a autocontenção é representada por uma postura mais contida, respeitando as opções políticas adotadas pelos representantes democráticos, reduzindo assim a sua ingerência nas funções dos demais poderes³²⁶.

Desse modo, após a análise do comportamento judicial ativo ou criativo, passa-se a caracterização da autocontenção judicial por ser uma outra forma (reacionária ao ativismo) da atuação dos juízes e dos tribunais.

3.2.1 Origem e expressões afins da autocontenção judicial

A doutrina da autocontenção, denominada de *self-restraint* no direito norte-americano³²⁷, embora tenha o reconhecimento de sua gênese atribuída ao *Chief Justice Stone*, no caso *United States v. Butler* (1936), pode ser encontrada na atuação judicial autocontida nos debates que marcaram o surgimento do constitucionalismo democrático nos Estados Unidos, nos primeiros anos da federação norte-americana, notadamente da revisão judicial da Suprema Corte ao julgar *Marbury x Madison* (1803), cuja decisão foi cercada pelo recuo na atuação do judiciário que, ao mesmo tempo, preservava institucionalmente a atribuição da Corte como intérprete da Constituição, por outro lado, no mérito, declinou da competência, sob fundamento da impossibilidade do tribunal interferir em instâncias políticas dos demais poderes³²⁸.

Todavia, importante esclarecer que o célebre julgamento de *Marbury x Madison* (1803), consoante já estudado em capítulo anterior, embora seja marcado por um comportamento refreado da Suprema Corte americana em não interferir no campo político, a sua decisão não mencionava especificamente sobre a autolimitação judicial, ainda que seja apontado como um marco histórico do instituto.

³²⁶ Elival da Silva Ramos denomina a autocontenção judicial de passivismo judicial. Na análise do autor, o instituto tem a finalidade de respeitar as decisões políticas do legislador e dos precedentes consagrados. RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. p. 112-113.

³²⁷ Doutrina da *self-restraint* ou doutrina da autocontenção judicial.

³²⁸ Nesse sentido, defende a autora Flávia Danielle que o surgimento da autocontenção é contemporâneo ao julgamento proferido em *Marbury x Madison* (1803). Confira-se, LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley - Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**. p. 224.

A concepção da “autoconção judicial” (“*judicial self-restraint*”) se torna mais evidente e com um debate mais ostensivo do exercício da função judicial, assim como o respeito das decisões majoritárias quando do julgamento do caso *United States v. Butler* (1936), especificamente no voto vencido (*dissenting vote*) do Chief Justice Stone. Na ocasião, a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei federal aprovada em 12 de maio de 1933 (*Agricultural Adjustment Act*), decidindo, por maioria, pela impossibilidade do Congresso regulamentar a taxa e o governo federal de proceder com a sua cobrança, em razão da competência dos estados sobre a matéria³²⁹. Nesse contexto, o Chief Justice Stone pronunciou pela constitucionalidade da Lei, sagrando-se como o único voto divergente, fundamentando a sua tese trazendo a primeira menção a autoconção judicial, vejamos: “O poder que as cortes têm para declarar a inconstitucionalidade de uma lei está sujeito a dois princípios de decisão que não devem nunca estar ausentes da consciência judicial. Um é que as cortes se preocupam somente com o poder de editar leis, não com a sabedoria delas. O outro é que, enquanto o exercício inconstitucional pelos poderes executivo ou legislativo está sujeito à contenção judicial, o único freio sobre o nosso poder é o nosso próprio senso de autoconção”³³⁰.

Desse modo, sob uma perspectiva da evolução na referência específica da “autoconção judicial” (“*judicial self-restraint*”) em decisões judiciais, tem-se que ocorreu a partir da análise de presunção de constitucionalidade pela Suprema Corte americana. Entretanto, somente a partir da publicação do artigo intitulado *The Supreme Court*, em 1947, de autoria do historiador Arthur Schlesinger Jr³³¹, ao fazer uma análise sobre a questão comportamental dos juízes da Suprema Corte americana, que o termo “autorrestrição judicial”

³²⁹ Segundo Maria Benedita Urbano, a expressão da autoconção judicial é atribuída ao Chief Justice Stone no seu voto vencido no caso *United States v. Butler* (1936). Explica a autora que o caso levado a julgamento na Suprema Corte americana, contestava-se o *Agricultural Adjustment Act*, uma lei federal aprovada em 12 de maio de 1933, medida legislativa da Administração de Roosevelt para combater preço baixo de produtos agrícolas que, ao mesmo tempo, impunha a quebra dos agricultores. Nesse cenário, como consequência, diminuía-se a produção e obrigava-se os afetados pela medida a firmar contratos com o Executivo para obtenção de subvenção estatal. Para financiar essa política agrária, a lei continha a previsão de uma taxa a ser cobrada pelo Secretário de Agricultura em face das entidades que laboravam produtos agrícolas. Os empresários, dentre eles Butler, recusaram ao pagamento da taxa. Na Suprema Corte, por maioria, decidiu-se pela constitucionalidade desta taxa, sob o argumento de que poder de tributar e investir, seria reservado aos Estados, nos termos do art. I, seção 8, da Constituição, não sendo atribuição do Congresso. Apesar do julgamento, destacou-se para origem da autolimitação judicial o voto isolado do Chief Justice Stone. Confira-se URBANO, Maria Benedita - Curso de Justiça Constitucional - **Op. Cit.** p. 156-157.

³³⁰ Trecho citado e traduzido por Maria Benedita Urbano do trecho do voto de Stone. URBANO, Maria Benedita - Curso de justiça constitucional - **Op. Cit.** p. 102-103.

³³¹ Ver no tópico de ativismo judicial sobre a publicação do autor.

passa a ser amplamente reconhecido na doutrina, notadamente por fazer oposição ao instituto do ativismo judicial³³².

No texto apresentado por Arthur Schlesinger, a atuação judicial com autorrestrição decorria da defesa pela não interferência do judiciário em temas afetos a outros poderes e no respeito estrito a vontade do legislador. Na análise feita do perfil dos magistrados, o autor classificou como autocontidos, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton. Apesar disso, aponta Frankfurter, secretário do trabalho de James Bradley Thayer³³³, com uma menção de maior destaque, em razão de suas manifestações extremadas e antiativistas na defesa de uma conduta judicial com deferência a legalidade, bem como por não entender como atribuição do judiciário a criação de direito novo, sob argumento de corresponder uma usurpação do poder democrático³³⁴.

Apesar da precariedade na definição da autocontenção judicial trazida pela descrição jornalística de Arthur Schlesinger, a publicação do seu artigo produziu notoriedade ao tema, cujo debate ultrapassou fronteiras e passando a ser um marco histórico na concepção original da autocontenção judicial³³⁵. Desse modo, as discussões se tornaram mais complexas na doutrina sobre a análise do comportamento judicial, resultando em teorias que buscavam compreender o papel dos órgãos judiciais a partir de parâmetros institucionais.

Em meio a construção dessas concepções sobre a postura das cortes, encontra-se múltiplos sentidos na doutrina e com divergências entre os autores na busca de uma definição para a autocontenção, sendo propalada, em alguns casos quando há uma mera aplicação da lei pelo magistrado ou quando há uma deferência submissa ao poder legislativo, bem como pode ser relacionado como exemplo de uma conduta autocontida no exercício moderado ou sem poder criativo do direito na revisão judicial. Por outro lado, há um ponto de consenso doutrinário, assim como no ativismo judicial, em razão da dificuldade em atribuir uma única concepção ao termo, defende-se também uma abordagem multidimensional para a

³³² Reconhecendo que a notoriedade Da expressão da autocontenção judicial remonta o artigo de autoria do historiador Arthur Schlesinger Jr, confira-se: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Op. Cit.** p. 44.

³³³ Conforme assinala Flávia Danielle Santiago, James Bradley Thayer, autor do texto “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” construiu uma teorização sobre a limitação judicial a declaração de inconstitucionalidade, admitindo somente quando há um erro visível na legislação. Sendo apontado como um dos precursores sobre a autocontenção judicial, em razão de sua defesa de decisões judiciais com deferência às decisões dos demais poderes e o reconhecimento de uma presunção em torno de sua constitucionalidade. LIMA, Flávia Santiago - **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. p. 37-40. Com relação a influência de Bradley Thayer sobre Felix Frankfurter, ver CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Op. Cit.** p. 44-46.

³³⁴ Saul Tourinho Leal, salienta que Schlesinger ao discorrer em seu artigo sobre as políticas públicas executadas por Roosevelt no período denominado New Deal, apresentou divisão em comportamentos dos juízes da Suprema Corte, capitaneando a ala da autocontenção judicial, Felix Frankfurter que tinha uma visão contida do papel da Suprema Corte. LEAL, Saul Tourinho - **Ativismo ou Altiwez?: o outro lado do STF**. p. 150-156.

³³⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski -Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. p. 39.

autorrestrrição judicial, sobretudo pela ambiguidade que pode ser encontrado nas condutas dos juízes e dos tribunais³³⁶.

3.2.2 Abordagem multidimensional da autorrestrrição judicial

A autocontenção, assim como no ativismo judicial, é um termo que passa por uma indeterminação conceitual e que pressupõe a análise da postura do Judiciário com relação aos demais poderes constituídos. Nessa linha, não há uma unicidade de definição sobre a autolimitação judicial na doutrina, como também, uma avaliação simplista da expressão não permite que se proceda a categorização das decisões judiciais como contidas, razão pela qual, a sua definição parte-se de uma construção multidimensional com a finalidade de outorgar uma análise mais objetiva da atuação judicial frente aos poderes majoritários, para poder caracterizar um juiz ou corte como contido ou rejeitá-lo nesta categorização³³⁷.

Nesse contexto, diante da dificuldade doutrinária em apresentar uma única concepção sobre o significado de uma atuação autocontida por parte dos juízes, optar-se-á por examinar a literatura especializada no estabelecimento de critérios para caracterizar autocontenção judicial para, posteriormente, proceder com a análise das decisões escolhidas do STF e do Tribunal Constitucional Português, objeto deste trabalho.

Segundo o autor Richard Posner, a autorrestrrição judicial pode ser entendida em duas dimensões: a autorrestrrição estrutural (structural selfrestraint) e a autorrestrrição prudencial (prudential self-restraint). A autorrestrrição judicial estrutural tem como essência a deferência do judiciário ao princípio democrático e aos poderes separados. Por outro lado, a autorrestrrição judicial prudencial é apresentada como uma atuação judicial que tem por finalidade a preservação institucional das cortes, ou seja, no entendimento de Posner, essa dimensão pode ser caracterizada pela conduta do magistrado que se abstém de proferir decisões que gerem controvérsias políticas com os demais poderes, como também quando o mesmo evita de tomar decisões que podem gerar aumento de demandas nos Tribunais³³⁸.

³³⁶ Sobre a dificuldade em apontar uma conceituação a autocontenção judicial e a sua abordagem multidimensional, confira-se: URBANO, Maria Benedita -Curso de justiça constitucional - **Op. Cit.** p. 102; POSNER, Richard A - The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**. [Em linha]. N.º 519 (2012), p. 519-556, 2012. [Consult. 20 jan. 2023]. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/23249564>.

³³⁷ O Jurista McWhinney afirma que a imprecisão conceitual do ativismo e da autocontenção judicial, assim como a análise de decisões de forma superficial não podem servir de fundamento para classificar as decisões como ativistas ou contidas. McWHINNEY, Edward -The great debate. Activism and self-restraint and current dilemmas in judicial policy-making. **NYUL Rev.** p. 775-795.

³³⁸ O autor se refere a classificação de Richard que descreveu as dimensões da autorrestrrição em autorrestrrição estrutural e autorrestrrição prudencial. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Op. Cit.** 44-46

Para Flávia Danielle Santiago Lima³³⁹, a autolimitação judicial pode se manifestar como autorrestrrição material expressa, consubstanciada no respeito as decisões majoritárias e na separação dos poderes estatais. Noutra banda, a autora citando Alexander Bickel³⁴⁰ apresenta a autorrestrrição formal expressa ou virtudes passivas como técnicas utilizadas pelos Tribunais para afastar-se de suas responsabilidades, por exemplo, argumentação pela incompetência para decidir, ausência de legitimidade ativa do requerente, necessidade de instrução do processo, dentre outros com a finalidade de evitar que a Corte se pronuncie definitivamente sobre o tema para não produzir conflito com os demais poderes constituídos.

Em sentido próximo, Canotilho³⁴¹ entende que a autolimitação judicial decorre da atuação dos juízes limitada às questões jurisdicionais sem adentrar nas questões políticas. Entretanto, essa concepção não conduz a ausência de controle jurisdicional sobre as questões políticas, devendo o Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre a matéria quando provocado. Para o autor, o que o judiciário tem de evitar é fazer revisão constitucional da política, o que deve ser feito por meio da própria Constituição.

Por outro lado, Maria Benedita Urbano, ao apresentar o seu entendimento sobre o instituto, afirma que é obsoleto o fundamento que dimensiona uma postura autocontida a partir da tese de que os juízes atuam com deferência demasiada ao legislativo ou daqueles que censuram uma revisão judicial criativa em suas decisões. A autora, por sua vez, descreve uma concepção equilibrada da autocontenção judicial, notadamente da função criativa dos juízes, o que significaria “manter-se nos limites do razoável e aceitável, ou seja, ela não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes”.

Por último, salienta Otto Bachoff³⁴², ao tratar do termo no tribunal constitucional alemão, que a opção de uma postura de autocontenção judicial pelas Cortes, em determinadas

³³⁹ Sobre essa classificação, ver LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes - Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários -**Op. Cit.** p. 221-247.

³⁴⁰ Alexander Bickel é um constitucionalista norte-americano, autor da obra *The least dangerous branch* que defende uma outra opção de comportamento as Cortes e aos juízes na revisão judicial quando a questão discutida não estiver madura no âmbito da sociedade e entre os demais poderes constituídos. Para o doutrinador, a solução é recusar a decidir como forma de prudência política, ou seja, mantendo o equilíbrio entre o direito e a política até que a questão se torne majoritariamente recebida por todos. É também da autoria do autor a classificação da autorrestrrição judicial em virtudes passivas, ou seja, diante dessas questões não pacificadas levadas aos Tribunais, estes podem utilizar de técnicas para não apreciar a temática a partir de argumentos processuais, a exemplo incompetência ou ilegitimidade. LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes - Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários -**Op. Cit.** p. 221-24.

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes -Direito Constitucional e Teoria da Constituição -**Op. Cit.** p. 1224.

³⁴² BACHOFF, Otto - **Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política.** p. 11-13.

situações, é uma estratégia fundamental para manter o equilíbrio entre o direito e a política, além de elevar a reputação do judiciário perante a sociedade e os demais poderes constituídos.

A partir dessas considerações permite-se asseverar que, sob a análise conceitual, a autocontenção apresenta diversas formas de dimensões a depender da postura dos juízes e tribunais no exercício da jurisdição constitucional. Em realidade, o que se verifica dessas premissas apresentadas pela doutrina é uma alternância nos comportamentos das Cortes entre o caráter ativista e o da autocontenção, a depender do caso levado a julgamento, como uma estratégia para manter um equilíbrio institucional e um diálogo com os demais poderes.

Nesse cenário, veja-se, a propósito, o julgamento da Petição 3.388/2009 pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Popular que discutia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Na ocasião, a Corte inovou processualmente ao criar normas gerais para cumprimento do seu julgado, em forma de condicionantes institucionais para salvaguardar a demarcação das terras indígenas. Por outro lado, em outro *hard case* constitucional, sob o enfoque de contexto econômico, a mesma Corte aprovou a Súmula Vinculante n.º 37 impondo uma restrição ao judiciário em proceder aumento de servidores públicos, denotando uma postura autocontida na intervenção judicial nesta seara.

Por outro lado, não se defende uma adoção irrestrita ativista ou de autocontenção, pois em ambos os casos podem resultar em prejuízos, notadamente pela falta de equilíbrio no diálogo com os demais poderes seja com o poder criativo judicial ou a partir de comportamentos que gerem passividade do judiciário na omissão de garantia de direitos garantidos. Desse modo, é compreensível a atuação seletiva dos juízes e tribunais que exercem a jurisdição constitucional, na escolha de atuar de forma mais criativa mantendo os limites do equilíbrio sem usurpação de poderes e sem a interpretação mecânica da lei como afirma Maria Benedita Urbano, adaptando a cada caso ao seu contexto inserido como forma de estratégia para se manter um diálogo com as demais instituições majoritárias. Em outras palavras, invoca-se a afirmação de Cappelletti: “o bom juiz não é o juiz contido mas aquele que sabe discernir perante as circunstâncias de um caso concreto, se de ser audaz ou prudente”³⁴³.

Nesse sentido, verifica-se no o ativismo e, igualmente, na autolimitação judicial comportamentos que não possuem uma única faceta ou dimensão, assim como, numa mesma decisão pode ser encontrada diferentes formas e posturas praticadas seja pelo poder de criação ou com restrições aos poderes decisórios. Após a análise objetiva dos critérios de cada postura assumida pelos juízes e tribunais, passa-se para o exame das decisões do Supremo Tribunal

³⁴³ Sobre tema, confira-se a abordagem da autora e a citação de Cappelletti para fundamentar seu entendimento. URBANO, Maria Benedita - Curso de Justiça Constitucional -**Op. Cit.** p. 156-157.

Federal e do Tribunal Constitucional Português com a finalidade de identificar a presença desses institutos.

3.3 Decisões paradigmáticas do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal

Neste tópico, pretende-se, realizar uma análise, a partir de acórdãos coletados, do comportamento do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal no que tange a adoção de uma conduta ativista ou autocontida no processo de tomada de decisões. Desse modo, inicia-se por breve exposição das decisões de cada Tribunal, como forma de facilitar a compreensão do contexto inserido e, posteriormente, será correlacionado com os argumentos estudados sobre o ativismo e da autocontenção judicial com a finalidade de identificar se a decisão está mais aberta à prática ativista ou não.

3.3.1 Especificidades na Interpretação da Constituição portuguesa e posicionamentos do Tribunal Constitucional no estado de emergência financeira e a sua postura ativista ou autocontida

Para realizar esta análise, foram escolhidas decisões representativas da jurisprudência do Tribunal Constitucional Português que deram origem ao que a doutrina denominou de “jurisprudência da crise”³⁴⁴, ou seja, traduz o período de crise financeira internacional em 2008 que culminou em uma flexibilização do processo de fiscalização de constitucionalidade na interpretação da Constituição e a necessidade do Tribunal em ceder diante das exigências enfrentadas pela crise econômica financeira deflagrada no Estado Português. A escolha por esses julgamentos paradigmáticos justifica-se pela atuação do Tribunal Constitucional

³⁴⁴ A crise da dívida pública europeia, decorrida da crise financeira internacional de 2008, levou o Estado Português a uma difícil situação de conjuntura econômico-financeira. Nesse período, foi necessário recorrer ao crédito externo; inicialmente, em nível da União Europeia (UE) e, posteriormente, em nível internacional por meio do acordo firmado, em maio de 2011, com a chamada troika, composta pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Comissão Europeia e Banco Central Europeu (BCE). No entanto, esse acordo, no âmbito do Programa de Assistência Econômico e Financeira (PAEF), exigiu que o Estado Português adotasse inúmeras medidas de austeridade para alcançar as metas estabelecidas de redução do déficit orçamentário. Para um melhor aprofundamento sobre esse período, conferir COUTINHO, Francisco Pereira. A Natureza Jurídica dos Memorandos da ‘Troika’. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. p. 147-179.

português na fiscalização de constitucionalidade de atos legislativos, oriundos de decisões políticas que afetavam direitos fundamentais.

Nesse sentido, será procedida a análise da jurisprudência constitucional em matéria orçamental, a que correspondem os acórdãos do Tribunal Constitucional Português (TC) n.º 353/2012 (Processo n.º 40/2012) e o n.º 187/2013 (Processos n.º 02/2013, 05/2013, 08/2013, 11/2013), realizando um breve resumo da decisão e do resultado do julgamento para, ao final, identificar o comportamento do Tribunal Constitucional português.

3.3.1.1 Acórdão n.º 396/2011

Trata-se de pedido de fiscalização abstrata de constitucionalidade, ajuizada por um grupo de deputados à Assembleia da República com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) que continha a previsão de redução remuneratória de todos que recebiam por verbas públicas, quantia mensal superior à €1500,00 (mil e quinhentos euros)³⁴⁵.

O fundamento para a inconstitucionalidade residia no caráter definitivo e permanente ostentado pela redução aos salários. Argumentaram que não houve consulta às entidades representativas dos trabalhadores, como também, pela ofensa ao direito à irredutibilidade dos salários, bem como a violação aos princípios constitucionais da confiança e da igualdade³⁴⁶. Para melhor entendimento da tese fixada pelo Tribunal Constitucional Português, passa-se a análise pelos principais argumentos invocados pelos requerentes.

Alegou-se, como primeira questão a inconstitucionalidade do artigo 19.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 55-A/2010, em razão de estabelecer uma redução das remunerações, em caráter definitivo (não há previsão de data da cessação da sua vigência), entre 3,5% e 10%, a depender do montante, abrangendo diversas categorias de trabalhadores e equiparados, incluindo os dirigentes na Administração central, regional e local do Estado, bem como em empresas, fundações e estabelecimentos públicos.

Analisando o caráter definitivo da norma impugnada, o Tribunal Constitucional afirmou-se que: “É o suficiente para se poder afirmar que estamos perante medidas de carácter orçamental, com o regime correspondente. Consequentemente, por força de regra constitucional

³⁴⁵ TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 396/11, de 23 de setembro de 2011. Relator Joaquim de Sousa Ribeiro.

³⁴⁶ Síntese dos argumentos do processo que deu origem ao acórdão n.º 396/201.

(artigo 106.º, n.º 1, da Constituição), elas não podem gozar de vigência que não seja a anual. (...) que as normas impugnadas não visam instituir, com carácter de permanência, um novo regime jurídico dos níveis remuneratórios aplicáveis aos sujeitos abrangidos, em substituição definitiva do anteriormente vigente, que, desta forma, resultaria eliminado da ordem jurídica, é interpretação que encontra também algum apoio textual num segmento do n.º 1 e na alínea d) do n.º 4 do artigo 19.º da lei do Orçamento do Estado.”³⁴⁷

Nesse sentido, a Corte firmou orientação no sentido de que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei orçamentária de 2011, embora se estenda por mais tempo, não afasta seu carácter temporário, pela própria gênese das normas orçamentárias que, nesse contexto, tem por finalidade diminuir um défice orçamental, sendo, portanto, escusável o fato de não constar o prazo de encerramento de sua vigência. No tocante a fundamentação de impossibilidade de redução do salário, o julgado afastou a inconstitucionalidade por entender que há a previsão do direito fundamental à retribuição pelo trabalho, o que não se estende ao valor dos vencimentos.

Com relação a violação dos princípios da confiança e da igualdade, os requerentes invocaram, com relação ao primeiro, a proteção da confiança na relação do cidadão com o Estado de Direito, o que seria impeditivo para o poder público promover alteração dos salários, em razão de inexistência de uma fundamentação concreta e idônea para aquela situação discriminada na lei.

Para esse tema, o Tribunal ao rejeitar o argumento, destacou que o postulado é uma tradução da segurança jurídica, com um conceito indeterminado e, que após a realização da ponderação entre os interesses particulares que foram afetados pela norma questionada e o interesse público, valorou-se justa essa alteração. Atente-se o trecho da decisão sobre o contexto do princípio da proteção da confiança: “Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme. Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos.”³⁴⁸

³⁴⁷ Trecho da decisão do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 396/11.

³⁴⁸ Destaque da decisão. TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 396/11 de 2011.

Nessa mesma linha, o Tribunal entendeu que os trabalhadores que recebem verba pública (atingidos pela redução salarial) comparados com os particulares estão dentro do limite de sacrifício dentro do contexto da crise e de redução de despesa do Estado para o seu reequilíbrio fiscal. Admite-se como fundamento para a não violação ao princípio citado o tratamento diferenciado entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, sendo legitimado a exigência dos primeiros os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas e em benefício de todos. Em conclusão, para o Tribunal, esse tratamento diferenciado, na redução das remunerações dos trabalhadores públicos e privados, à luz do princípio da igualdade não seria inconstitucional³⁴⁹.

Por derradeiro, o Tribunal Constitucional, sob a Relatoria do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, concluiu por não declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011). A decisão foi proferida por maioria, votando nove conselheiros no sentido da não inconstitucionalidade e três conselheiros no sentido da inconstitucionalidade³⁵⁰.

3.3.1.2 Acórdão n.º 353/2012

Trata-se da segunda decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional na vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira– PAEF. Nesse contexto, um grupo de deputados à Assembleia da República ingressa com o pedido de fiscalização da constitucionalidade das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012) que previam as medidas de suspensão dos subsídios de férias e de Natal no universo daqueles que recebessem por verbas públicas (trabalhadores do setor público e aos pensionistas), em valor superior a €600,00 (seiscentos euros)³⁵¹.

³⁴⁹ Para um maior aprofundamento do julgado, ver CARNEIRO, Claudio – **Op. Cit.** p.217.

³⁵⁰ O julgamento do Acórdão TC 396/2011 marca o primeiro período do TC de maior tolerância com as normas de exceção editadas pelo legislador. CARVALHAL, Ana Paula -**Crise económica e redução dos salários em Portugal**. [Em linha]. CONJUR, 2012. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-03/observatorio-constitucional-crise-reducao-salarios-portugal>.

³⁵¹ A fundamentação do parágrafo foi retirada da decisão. TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 353/2012, de 20 de julho de 2012. Relator João Cura Mariano.

Esclareça-se que o questionamento das normas não constava as deliberações da Lei Orçamentária de 2012 para o mesmo ano, tampouco, era uma repetição do requerimento anteriormente julgado pelo Tribunal Constitucional sobre a redução salarial no setor público. A impugnação à constitucionalidade decorria das reduções remuneratórias que tinham sido introduzidas na Lei Orçamentária de 2011, porém que não tinham sido apreciadas pela Corte no seu acórdão n.º 396/2011³⁵².

Em outras palavras, o requerimento dos autores leva em consideração a extensão da redução salarial com a cumulação das medidas da Lei Orçamentária de 2011, que são mantidas, com aquelas que são objeto das normas impugnadas, o que gera como consequência a diminuição na retribuição salarial de até cerca de 1/4 dos montantes anuais, o que excedia muito o limite de sacrificio a ser exigido.

Em síntese, os deputados argumentaram como fundamento da inconstitucionalidade a transgressão aos princípios da igualdade, da confiança, da proporcionalidade, bem como do Estado de direito democrático e da segurança social. Por outro lado, o Tribunal pautou a sua decisão, efetivamente, na violação do princípio da igualdade, notadamente na sua derivação decorrente da proporcionalidade, ou seja, a igualdade proporcional.

Nesse sentido, a decisão do Tribunal fundamenta-se no debate sobre a igualdade proporcional. Para a Corte é admissível uma diferenciação no tratamento de quem auferem remuneração pública com relação aos particulares com a finalidade de preservar o interesse público e proporcionar justiça, ou seja, é possível exigir-se um maior sacrifício nas reduções remuneratórias, diante de certas circunstâncias, como a crise em Portugal, de alguns trabalhadores com relação a outros, o que ficou sedimentada no acórdão n.º 396/2011³⁵³. Entretanto, esse corte permitido e o sacrifício dirigido aos trabalhadores públicos não podiam ser ilimitados.

O Tribunal Constitucional posicionou-se contrário ao efeito cumulativo das medidas de austeridade que seriam aplicadas com o somatório das reduções compulsórias descritas na Lei Orçamentária de 2011 as novas reduções de rendimentos, decorrente da suspensão do subsídio de férias e de natal ou equivalentes a trabalhadores em funções públicas e a aposentados e reformados. Para isso, o Tribunal procedeu a análise da medida de diferenciação imposta com o sacrifício adicional, entendendo com base no controle da igualdade proporcional que, a nova exigência sobre os trabalhadores do setor público, não seria uma medida aceitável, uma vez que

³⁵² O Acórdão analisa especificamente a Lei orçamentária 64-B/2011 que não foi objeto do julgado n.º 396/2011.

³⁵³ Sobre a igualdade proporcional, confira-se CARNEIRO, Claudio – **Op. Cit.** p.226.

significaria numa restrição desarrazoada, sem limites e com violação ao excesso, este último subprincípio da igualdade³⁵⁴.

Nesse sentido, declarou o Tribunal: “Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva”³⁵⁵. Com efeito, extrai-se dessa decisão que o Tribunal entendeu não estarem observadas as exigências de proporcionalidade e igualdade, no tratamento quanto às reduções dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a novos adicionais de restrição dos rendimentos com relação aos demais cidadãos, o que ensejou a rejeição da extensão da desigualdade.

O passo seguinte da fundamentação do Tribunal consistiu na modulação dos efeitos da decisão, à semelhança do que é aplicado no Brasil, utilizando-se da prerrogativa que lhe é conferida pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que permite, em caso de excecional interesse público, diferir a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade que, no caso prático, salvaguardou os seus efeitos a partir de 1 de janeiro de 2013, sob o fundamento de que a execução do orçamento de 2012 estava em curso e a aplicação imediata da decisão com retroação dos seus efeitos poderia ensejar prejuízo no cumprimento das metas obrigatórias impostas pelo PAEF (Programa de Assistência Económica e Financeira) firmadas entre Portugal, União Europeia e o Fundo Monetário Internacional³⁵⁶.

Nesse viés, a decisão final pautou, essencialmente, o seu fundamento na violação do princípio da igualdade (no controle da igualdade proporcional), consagrado no artigo 13º da Constituição da República Português, o que culminou na não apreciação pela Corte das alegações do requerente sobre a afronta aos princípios da confiança, da proporcionalidade, do Estado de direito democrático e do direito à seguridade social. Ao final, foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, as normas constantes dos artigos 21º e 25º, da Lei n. 64-B/2011, de 30 de dezembro, sob a relatoria do Conselheiro João Cura Mariano.

Neste caso, foram vencidos na decisão os Conselheiros Catarina Sarmento e Castro, Carlos Pamplona de Oliveira, José Cunha Barbosa, Maria Lúcia Amaral, Rui Manoel Moura

³⁵⁴ O Acórdão 353/2012 é apontado como um marco de menor tolerância da jurisprudência do Tribunal Constitucional português com relação as medidas de austeridade fiscal. Nesse sentido, ver COUTINHO, Pedro - "Crise, disse ela": A jurisprudência da crise do tribunal constitucional português - uma visão panorâmica. **Revista Julgar**. p. 87 – 99.

³⁵⁵ Trecho da decisão do TC. TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 353/2012, de 20 de julho de 2012. Relator João Cura Mariano.

³⁵⁶ Sobre a modulação dos efeitos do julgado, ver LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes -Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Vol. 1 (Jan. -Mar. 2012), p. 359-420.

Ramos e Vítor Gomes. A divergência entre os vencidos pode ser destacada naqueles que manifestaram entendimento contrário a inconstitucionalidade, por compreender a distinção do tratamento entre funcionários públicos e trabalhadores particulares dentro de um limite aceitável. Por outro lado, há aqueles que partidários da inconstitucionalidade, são discordantes quanto a modulação dos efeitos, entendendo pela aplicação imediata da decisão³⁵⁷.

3.3.1.3 Acórdão n.º 187/2013

Por último, cabe analisar o conteúdo do Acórdão n.º 187/2013 que apreciou a constitucionalidade de inúmeras questões, decorrentes de quatro pedidos de fiscalização de normas previstas na Lei do Orçamento do Estado para 2013.³⁵⁸ Inicialmente, foi questionada a inconstitucionalidade pelo Presidente da República no âmbito do processo n.º 2/2013, o segundo pedido de fiscalização da constitucionalidade é formulado por dois Grupos de Deputados à Assembleia da República do PS e, posteriormente pelo grupo formado pelo PCP, do BE e do PEV, no âmbito dos processos processo n.º 5/2013 e 8/2013, sendo este último pedido mais amplo que os requerimentos anteriores. E, por fim, o pedido subscrito no processo n.º 11/2013, tendo por autor o Provedor de Justiça.

Os quatro pedidos para a decretação da inconstitucionalidade da LOE de 2013, questionavam as normas que dispunham sobre: 1) Manutenção da redução remuneratória dos funcionários públicos; 2) a suspensão dos subsídios de férias de trabalhadores e aposentados, sendo que para os pensionistas era no importe de 90%; 3) o aumento da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES), nas pensões cujo valor estivesse entre €1.350 (mil trezentos e cinquenta euros) e €3.750 (três mil setecentos e cinquenta euros); 4) a redução de subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentações (CGA); 5) a alteração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e, por último, 6) a introdução de uma sobretaxa (Taxa Adicional de Solidariedade) em sede de imposto de renda³⁵⁹.

Para isso, os requerentes utilizaram como fundamento para a inconstitucionalidade, a violação de princípios e normas constitucionais como o princípio da igualdade (art. 13º da

³⁵⁷ TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 353/2012, de 20 de julho de 2012. Relator João Cura Mariano.

³⁵⁸ Quando o Governo apresentava a proposta de orçamento para o ano de 2013, já tinha sido publicado o acórdão n.º 353/2012, que foi analisado no tópico antecedente e que culminou na inconstitucionalidade de normas que tratavam de medias anticrise.

³⁵⁹ Síntese dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade formulados em face da Lei do Orçamento do Estado para 2013. Conferir o Processo n.º 40/12. Acórdão com o n.º 353/2012, de 20 de julho de 2012. Relator João Cura Mariano.

CRP), da proteção da confiança (artigo 2º da CRP), da anualidade do orçamento; princípio da proporcionalidade, como também alegaram ofensas aos direitos da segurança social, da retribuição, da assistência material e, por fim ao direito à sobrevivência digna.

Diante desses argumentos, o Tribunal Constitucional iniciou a sua análise com relação ao questionamento da redução das remunerações, decidindo por sua manutenção, em razão da ausência de ofensa ao princípio da duração anual da lei do orçamento e ao direito de retribuição, nos moldes da fundamentação apresentada no acórdão 353/2012 e 396/2011, ou seja, pela possibilidade de previsões plurianuais às leis orçamentárias que sejam anuais³⁶⁰.

De modo semelhante as decisões anteriores da Corte, no tocante a violação ao princípio da proteção da confiança, entendeu pela não ofensa devido a presença de interesse público justificando as medidas de restrição. Por outro lado, no que se refere à suspensão do pagamento do subsídio de férias para funcionários públicos e dos pensionistas, entendeu a Corte pela violação ao princípio da igualdade, na sua dimensão proporcional, em outras palavras, a cumulação de medidas restritivas aos direitos sociais aliados a alta carga tributária imposto aos agentes públicos, resultava em sacrifício injustificado e discriminatório, especialmente por incidir no terceiro exercício orçamental consecutivo³⁶¹. Nesse mesmo sentido, pautando a sua argumentação na ofensa ao princípio da igualdade, em sua forma proporcional, a Corte julgou pela inconstitucionalidade do estabelecimento da Contribuição Extraordinária sobre os subsídios de doença e de desemprego, à luz de salvaguardar o direito a sobrevivência digna.

Nos moldes do raciocínio utilizado no acórdão n.º 353/12, o Tribunal preocupado com o corte remuneratório advertiu o legislador em sua decisão que “o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta, e exige ao legislador um ónus de fundamentação em termos de valores previsíveis para as diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa”³⁶². Atendendo ao pedido, o Tribunal Constitucional se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade das normas referentes à Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

Por último, diante dos inúmeros questionamentos, o que ensejou na manifestação de dez votos vencidos no julgamento, após a análise de todos os pedidos, o Tribunal Constitucional,

³⁶⁰ Para Pedro Coutinho, esse julgamento marca um TC mais intolerante que acórdão anterior (Acórdão com o n.º 353/2012) com relação as normas de restrição do legislador, e passando a adotar uma postura de declará-las inconstitucionais. Conferir COUTINHO, Pedro – **Op. Cit.** p. 87 – 99.

³⁶¹ A decisão do TC sobre novas medidas de austeridade também foi baseada em princípios. Confira-se: Jorge Reis Novais - Em defesa do Tribunal Constitucional -**Op. Cit.** p. 83

³⁶² TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 187, de 05 de abril de 2013. Relator Carlos Fernandes Cadilha.

sob a relatoria do Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, decidiu julgar parcialmente procedente, conforme o Acórdão 187/2013 (reunião dos processos 2, 5, 8 e 11/2013), pela declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, da norma do artigo 29.º, 31.º, 77.º da norma do artigo 117.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, sendo este último com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade, bem como por não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 27.º, 45.º, 78.º, 186.º, na parte em que altera os artigos 68.º, 78.º e 85.º e adita o artigo 68.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares) e 187.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro³⁶³.

3.3.2 Especificidades na Interpretação da Constituição brasileira e posicionamentos do STF e a sua postura ativista ou autocontida

Neste tópico, após a análise dos julgados do Tribunal Constitucional Português, será realizado o estudo de algumas decisões representativas do STF que marcaram uma mudança jurídica, social e política no Brasil, colocando a corte em papel de ênfase na efetivação de direitos constitucionais³⁶⁴. Para esse propósito, a seleção dos casos decorre do protagonismo do STF no julgamento de questões relevantes da vida política e social do Brasil. De modo semelhante ao adotado com a jurisprudência portuguesa, será realizado um ensaio da decisão e do julgamento para, ao final, identificar o comportamento do STF no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, como uma postura ativista ou autocontida.

3.3.2.1 O caso do financiamento de campanha eleitoral – ADI 4650/DF

O primeiro caso concreto objeto de análise é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650-DF, que tem como autor o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

³⁶³ TRIBUNAL Constitucional Português - Acórdão com o n.º 187, de 05 de abril de 2013. Relator Carlos Fernandes Cadilha.

³⁶⁴ A pesquisa procederá com análise dos julgados do STF: a) Financiamento de campanha eleitoral – ADI 4650/DF; b) Fidelidade Partidária - ADI 5081; c) Verticalização das coligações partidárias – ADI 3685, realizada na jurisprudência do STF (www.stf.jus.br).

(CFOAB), legitimidade garantida pelo art.103, VII, da Constituição Federal de 1988³⁶⁵, perante o Supremo Tribunal Federal. A controvérsia constitucional invocada pelo requerente se referia a forma de financiamento das campanhas eleitorais, notadamente da incompatibilidade de dispositivos legais com a Constituição da República que permitiam a doação eleitoral de pessoas jurídicas a candidatos e partidos políticos³⁶⁶.

Nesse mesmo viés, também foi objeto de pedido a provocação ao Congresso Nacional na edição de lei que estabelecesse um limite máximo de valor as doações de pessoas físicas e a exigência de uma conformidade nos valores para o autofinanciamento aos postulantes de cargos políticos. Desse modo, a exordial propunha a declaração de inconstitucionalidade das normas da Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/97) e da Lei Geral dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) que disciplinavam o referido financiamento³⁶⁷.

Para isso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil fundamentou a causa de pedir da ação para justificar o confronto dos dispositivos legais com o mandamento constitucional nos princípios da igualdade (arts. 5º e 14), republicano (art. 1º, caput) e do princípio democrático (arts. 1º, caput e parágrafo único, 14, caput, e 60, § 4º, II), todos inseridos na Constituição Federal. No tocante a igualdade, ponderou o demandante que na disputa aos cargos na esfera política, os candidatos devem concorrer no mesmo patamar de oportunidades, o que se torna inviabilizado com o sistema de financiamento privado por contribuir para um desequilíbrio do processo eleitoral na medida que privilegia os detentores de poder econômico na disputa pelo voto, perpetuando o poder estatal sob o comando daqueles que detém capacidade financeira³⁶⁸.

Quanto ao princípio democrático, houve alegação de sua ofensa devido desequilíbrio formado pela impossibilidade das organizações sindicais, entidades classistas e entes do terceiro setor proceder com doações eleitorais as suas preferências na disputa aos assentos políticos, ao passo que era permitido às empresas, notadamente aquelas de grande poderio econômico a financiar campanhas de candidatos que representavam os seus interesses. Nessa mesma toada, com relação a violação ao preceito republicano, sustentou o demandante que o

³⁶⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil-**Op. Cit.**

³⁶⁶ Confira-se o trecho da petição inicial do processo referente a ADI 4650: “As pessoas físicas e jurídicas não são iguais perante a política. Estas não são cidadãos, que podem ter a pretensão legítima de exercer influência no processo político-eleitoral. ” SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 4650, de 17 de setembro de 2015. Relator Ministro Luiz Fux.

³⁶⁷ Conferir no Relatório do Ministro Luiz Fux. SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 4650, de 17 de setembro de 2015.

³⁶⁸ Resumo dos pedidos da ação direta de inconstitucionalidade da ADI. 4650-DF.

financiamento de campanha eleitoral por meio de pessoas jurídicas traduziria numa relação de compensação entre o político e o empresário, o que ensejaria em práticas ilícitas e antirrepublicanas.

Neste caso, a relatoria da ADI nº 4650/DF foi conferida ao Ministro Luiz Fux, que proferiu o voto vencedor do julgamento, sendo acompanhado por sete Ministros do Supremo Tribunal Federal. No seu posicionamento, antes de analisar o mérito, proferiu ponderações sobre a necessidade de realização de uma Reforma Política pelos representantes políticos eleitos e o dever do Congresso Nacional enquanto instituição com competência institucional para proceder com a alteração da legislação³⁶⁹. Com esses argumentos, buscou legitimar a intervenção da Corte no sistema político, colocando-a com o papel de dialogar com as instituições democráticas e os anseios dos cidadãos.

Prosseguindo o seu voto, considerou que as normas impugnadas permitem que haja uma interferência do poder econômico sobre processo político-eleitoral, na medida que impede a paridade na disputa entre os atores políticos. Para o relator, a participação política das pessoas jurídicas, através de suas doações não seriam compatíveis com o regime democrático e com a cidadania. Primeiro, o exercício da cidadania é inerente às pessoas naturais, não podendo as pessoas jurídicas titularizarem o exercício dos direitos políticos. Na sequência, as doações feitas por pessoas jurídicas encarecem o processo eleitoral, aumentando os custos da campanha, por outro lado, sem proporcionar, a melhora, o aperfeiçoamento do debate e da escolha dos concorrentes do processo político. E por último, a participação de pessoas jurídicas no processo de financiamento de campanhas desequilibra a disputa eleitoral, transgredido a igualdade política entre candidatos, o que poderia ensejar na perpetuação do quadro representativo daqueles que são eleitos em decorrência da influência econômica³⁷⁰.

E, assim, o voto vencedor do Relator, concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais (art. 23, §1º, I e II; o art. 24; e o art. 81, “caput” e § 1º, da Lei nº 9.504/97

³⁶⁹ Trecho do Ministro Fux ao justificar a intervenção do judiciário no sistema político: “Seria, assim, antidemocrático atribuir a juízes não-eleitos e não responsivos à vontade popular a imposição de comportamentos e/ou a invalidação de atos normativos emanados de autoridades escolhidas pelo povo. Disso, porém, não decorre uma interdição completa do exercício da jurisdição constitucional e uma deferência cega do juiz constitucional com relação às opções políticas feitas pelo legislador (judicial self-restraint). Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais incisiva da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático”. SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 4650, de 17 de setembro de 2015- **Op. Cit.**

³⁷⁰ Nesse sentido, confira-se o trecho do Voto do Ministro Relator Luiz Fux “Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais incisiva da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontrem eco nas deliberações majoritárias.” Idem – **Ibidem.**

(Lei das Eleições) e o art. 31; o art. 38, III; o art. 39, “caput” e § 5º, da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) que autorizam a doação por pessoas jurídicas aos candidatos e agremiações partidárias. Por outro lado, deliberou pela constitucionalidade, as doações estimáveis em dinheiro e o uso de recursos financeiros próprios pelos postulantes. Associaram-se ao voto do Relator os Ministros Joaquim Barbosa, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso. Ficaram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello³⁷¹.

A partir dessa decisão, um novo cenário seria instalado no tocante ao sistema de financiamento de campanha eleitoral (especialmente pela proximidade com as eleições em 2016)³⁷², o que levou a Corte considerar a modulação dos efeitos da decisão para o futuro. Entretanto, o quórum exigido pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 (2/3 dos membros do STF - 8 Ministros) não foi alcançado. Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal proclamou o resultado da ADI nº 4650/DF no dia 17 de setembro de 2015, cuja eficácia teria incidência imediata após a Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão nos meios oficiais e sendo aplicada nas eleições seguintes.

3.3.2.2 O caso da verticalização das coligações partidárias– ADI 3.685

Antes de proceder a análise do acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3685 sobre a verticalização das coligações partidárias, necessário fazer uma síntese sobre o ingresso dessa temática no ordenamento jurídico brasileiro que, posteriormente, culminou com seu debate na Corte Constitucional. A verticalização das coligações partidárias emergiu da Resolução nº 20.993 de 20 de fevereiro de 2002, editada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em resposta à consulta nº 715/2002 formulada por parlamentares federais que resultou na interpretação da norma contida no art. 6º da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições)³⁷³.

A mencionada regulamentação entendeu que os partidos políticos têm circunscrição nacional, consoante a disposição do inciso I do art. 17.º da Constituição de 1988, o que

³⁷¹ SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 4650, de 25 de setembro de 2015. Relator Ministro Luiz Fux.

³⁷² Com a proibição das doações de pessoas jurídicas para campanhas políticas, o Congresso Nacional aprovou o Fundo Eleitoral ou Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), através das Leis nº 13.487/2017 e 13.488/2017, corresponde as dotações da União, recolhimento de multas eleitorais e doações de pessoas físicas, cujos recursos são destinados ao financiamento das campanhas eleitorais.

³⁷³ Resolução nº 20.993 (Relator Ministro Fernando Neves), que determinava, em seu art. 4º, § 1º: Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial. A resolução corresponde a resposta à Consulta nº 715/02, formulada ao TSE, referente ao art. 6.º da Lei nº 9.504/97. RESOLUÇÃO (TSE) 20993/2002. **Diário de Justiça da União**. p. 39.

ensejaria na proibição da realização de uma coligação estadual ou distrital distinta da coligação nacional formada para apoio em comum à Presidência da República. Essa limitação na formação de coligação partidária no âmbito estadual/distrital em respeito à aliança nacional, conveniu-se denominar de verticalização partidária, sendo objeto das duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 2.626 e nº 2.628), julgadas sem enfrentamento do mérito pelo STF, pela impossibilidade de análise em sede de controle abstrato de normatividade secundária (Resolução do TSE)³⁷⁴.

Diante desse cenário, o Congresso Nacional, em reação a decisão do STF e a regulamentação do TSE, promulgou a Emenda Constitucional nº 52/2006, dando nova redação ao § 1º do artigo 17.º da Constituição³⁷⁵, prevendo autonomia total aos partidos políticos e retirando a verticalização do sistema jurídico. Diante desse novo cenário, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil promoveu a ADI nº 3.685 sobre as regras contidas na Emenda Constitucional nº 52/2006, alegando a impossibilidade de aplicação da regra nas eleições eleitorais de 2006, em razão da violação ao princípio constitucional da anualidade eleitoral, todavia, sem impugnar a inconstitucionalidade da regra que dispunha sobre o fim da verticalização.

A relatoria da ação foi atribuída a Ministra Ellen Gracie que apresentou voto em defesa do princípio da anterioridade eleitoral, limitando a regra da simetria das coligações para as eleições de 2006. Nesse sentido, o plenário do STF, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da regra que determinava a aplicação da liberdade das coligações nas eleições de 2006, sob fundamento de que o artigo 16 da CFRB consagra o princípio da anualidade eleitoral como um direito fundamental revestido de cláusula pétrea³⁷⁶. Em outras palavras, a verticalização teria vigência nas eleições de 2006, já que qualquer mudança no processo eleitoral deveria ter sido efetuada até 30 de setembro de 2005³⁷⁷.

Desse modo, o STF ao proceder a interpretação do dispositivo constitucional questionado, preservou a segurança jurídica, o devido processo legal eleitoral e a anualidade

³⁷⁴ SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 2626 e 2628, de 18 de abril de 2012. Relator Ministro Sydney Sanches.

³⁷⁵ Art. 17º. [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil- **Op. Cit.**

³⁷⁶ O argumento do Supremo Tribunal Federal foi de considerar o art. 16.º da CRFB como cláusula pétrea.

³⁷⁷ Ao tempo que se discutia a ADI 3685 no STF, o Congresso Nacional também estava discutindo os projetos de lei que tratavam da verticalização. Sobre atuação do STF nesse julgado, ver SOARES, José de Ribamar Barreiros -**Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Brasília: Programa de Pós-graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), 2010. 205 fls. Tese de Doutorado.

eleitoral nas mudanças das regras eleitorais, que seriam afetados com a mudança implementada pela EC nº. 52/2006. Registre-se que somente os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio divergiram e não acompanharam o voto vencedor³⁷⁸.

3.3.2.3 O caso da fidelidade partidária - ADI 5081

E por último, o presente acórdão é resultado do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5081/DF, proposta pela Procuradoria-Geral da República – PGR em face dos artigos 10 e 13 da Resolução nº 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), notadamente do alcance do poder normativo da Justiça Eleitoral e a sua competência para disciplinar sobre a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária³⁷⁹.

O Tribunal Superior Eleitoral, em 27/03/2007 editou a Resolução n. 22.526, em resposta positiva à Consulta nº. 1.398 formulada pelo PFL – Partido da Frente Liberal (posteriormente passou a ser democratas que se fundiu com o Partido Social Liberal, sendo o atual União Brasil). A controvérsia levantada pelo autor da Consulta residia na legitimidade de quem deveria assumir o lugar do parlamentar cassado, em outras palavras, indagou-se se o mandato pertencia ao suplente do parlamentar ou se os partidos políticos e as coligações detinham o direito de preservar a vaga, nas eleições proporcionais (vereadores, deputados estaduais, deputados distritais e deputados federais)³⁸⁰.

Em resposta, o TSE estabeleceu o entendimento de que o mandato pertencia aos partidos políticos, fundamentando que a filiação partidária é condição de elegibilidade e que os candidatos utilizam da estrutura do partido para obterem o mandato, garantindo ao partido

³⁷⁸ Trecho da ementa do Julgado. (...) 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência. (SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 3685, de 18 de agosto de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie.

³⁷⁹ Veja-se o relatório do Ministro Roberto Barroso. SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 5081, de 27 de maio de 2015.

³⁸⁰ Sobre essa troca indiscriminada de partido pelos candidatos após as eleições, importante mencionar o trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5081, veja-se: “É um modelo no qual o típico eleitor semanas depois das eleições já não seja mais capaz de dizer em quem ele votou numa eleição proporcional, trágico como seja, e não estou falando dos outros, estou falando de todos nós.” SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 5081, de 27 de maio de 2015. Nesse mesmo sentido, o registro dos autores Thales Tácito e Camila Medeiros: “depois das eleições de 2006, ao menos 36 deputados trocaram de legenda. O Partido da República, por exemplo, recebeu 15 novos filiados eleitos por outras agremiações. Lado outro, dos 513 deputados eleitos, apenas 31 conseguiram se eleger com seus próprios votos. Os outros foram puxados para o Congresso pelos votos de legenda.” CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua -**Tratado de direito eleitoral**. p.69.

político o direito de retomar a vaga daqueles que procederam com a desfiliação sem justa causa, seja do mandato obtido no do sistema proporcional ou majoritário³⁸¹.

A partir da decisão proferida na consulta do TSE, os Partidos PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), o PPS (Partido Popular Socialista) e o PFL (Partido da Frente Liberal), ingressaram junto ao Supremo Tribunal Federal com os Mandados de Segurança nos 26.602, 26.603 e 26.604, com a finalidade de retomar as vagas perdidas dos candidatos migraram dos quadros de suas agremiações partidárias. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, julgou conjuntamente pelo indeferimento dos Mandados de Segurança n.º 26.602 e 26.603 e da procedência, de forma parcial, do n.º 26.604, confirmando o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral sobre a titularidade do mandato eletivo no sistema proporcional é atribuída ao partido ou à coligação, desde que assegurado o direito à ampla defesa ao parlamentar.

Dentro desse contexto e com a decisão proferida nos Mandados de Segurança citados, o TSE editou a Resolução n. 22.610/07 (posteriormente com a redação alterada pela Resolução n.º 22.733/2008), com a finalidade de disciplinar os casos de perda do mandato por desfiliação partidária sem justa causa e as exceções, estabelecendo as regras do processo de perda de cargo eletivo, com previsão do contraditório e ampla defesa, bem como regulamentando a produção probatória e a participação do Ministério Público Eleitoral, estendendo as normas para o sistema proporcional e majoritário³⁸².

A consequência após a publicação da Resolução foi a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 3.999/DF e ADI n.º 4.086/DF), cuja relatoria foi atribuída ao Ministro Joaquim Barbosa, que foram julgadas improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal, sem enfrentamento de questões substantivas, sob o fundamento da constitucionalidade formal da Resolução do TSE, em razão do seu conteúdo regulamentar ter por escopo a efetivação dos precedentes firmados nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 julgados anteriormente pela própria Corte Constitucional.

A par desse julgamento que se discutiu o poder regulamentar da Justiça Eleitoral, notadamente no sistema proporcional, adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. A Procuradoria-Geral da República – PGR apresentou nova Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI (ADI 5081/DF), questionando outro viés da Resolução n.º 22.610/2007 editada pelo TSE, sobre a extensão da perda do mandato do candidato eleito no

³⁸¹ A Consulta n.º 1.398/DF resultou na RESOLUÇÃO (TSE) 22.526/2007. **Diário de Justiça da União**. [Em linha]. (27-03-2007), p. 143.

³⁸² Segundo a descrição do art. 1º § 1º, da Resolução 22610/2010, é considerado a justa causa para perda do mandato, as seguintes situações: incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal. RESOLUÇÃO (TSE) 22.610/2007. **Diário de Justiça da União**, p. 11.

sistema majoritário, por infidelidade partidária, prevista nos art. 10 e 13.º da referida resolução. Para a PGR não há fundamento para que a regra da perda do mandato eletivo seja aplicada ao candidato do sistema majoritário, uma vez que o processo de escolha do eleito se dá pela pessoa do candidato e não pela legenda, como no sistema eleitoral proporcional, o que ensejaria na violação da soberania popular prevista no *caput* do artigo 14 da Constituição Federal de 1988³⁸³.

O Supremo Tribunal Federal, em 27 de maio de 2015, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, aceitou a ADI 5081/DF, por entender que os Mandados de Segurança no 26.602, no 26.603 e no 26.604, analisaram a perda do mandato eletivo no sistema proporcional por infidelidade partidária, bem como as ADI nº 3.999/DF e ADI nº 4.086/DF discorriam sobre o poder regulamentar da resolução editada pelo TSE, determinando no primeiro caso, a devolução do mandato ao partido e no segundo confirmando a competência e legitimidade o Tribunal Superior Eleitoral³⁸⁴.

Desse modo, no que se refere ao sistema majoritário, a Corte entendeu que o seu processo de escolha tem uma dinâmica diferente do sistema proporcional, onde não um vínculo mais forte entre o candidato e o partido, uma vez que os eleitores procedem a suas preferências de forma direta e pessoal pelo candidato, por outro lado, não há uma transferência de voto por legenda como ocorre na forma proporcional, o que violaria a soberania popular, a substituição do candidato que procedesse com a desfiliação partidária, sendo aquele que alcançou a maioria absoluta dos votos no pleito eleitoral por outro sem ampla legitimidade democrática³⁸⁵. Em síntese, por essas razões, o plenário do STF julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade 5081/DF, para afastar a extensão da perda de mandato eletivo por desfiliação partidária nos casos de candidatos eleitos pelo sistema majoritário, mantendo-se a constitucionalidade da Resolução aos políticos eleitos para cargos inerentes ao sistema proporcional.

³⁸³ Síntese RESOLUÇÃO (TSE) 22.610/2007. **Diário de Justiça da União**. p. 11. SUPREMO Tribunal Federal - Acórdão com o n.º 5081, de 27 de maio de 2015.

³⁸⁴ Sobre análise das ações diretas de inconstitucionalidade propostas ADI n.º 3999 e 4086 que firmaram a constitucionalidade da Resolução 22.610/2007 do TSE julgados antes da ADI 5081 sobre a fidelidade partidária, conferir PÁDUA, Thiago Santos Aguiar; FERREIRA, Fábio Luiz Bragança -Entre o Tribunal e o Parlamento: a atualidade das lições dos casos de verticalização e fidelidade partidárias no contexto do papel das instituições na Reforma Política. **Revista da AGU. Brasília: Advocacia-Geral da União**. p. 231-270.

³⁸⁵ O argumento para exclusão do sistema majoritário foi assim descrito pelo Relator: “A tese que embasa o meu voto é a seguinte: “A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”. É como voto”. SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 5081, de 27 de maio de 2015. Ministro Roberto Barroso.

3.4 Ativismo e da autocontenção judicial: Análise institucional da postura do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal

Após uma exposição sobre os fundamentos da decisão e do resultado do julgamento dos acórdãos representativos do TC e do STF que resultaram de grande debate na academia jurídica de seus países, pretende-se neste tópico, analisá-los a partir das contribuições doutrinárias sobre o ativismo e da autocontenção judicial, de forma a identificar como estão compreendidas essas manifestações judiciais do Tribunal Constitucional ou do Supremo no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, no contexto de caso analisado.

Consoante já foi esposado em capítulo anterior sobre a noção de ativismo (ou criativismo judicial) e da autocontenção judicial, perfunctoriamente, tem seu marco com a expansão da jurisdição e o debate em torno da separação de poderes, por outro lado, embora os institutos não possuam uma uniformidade conceitual, podem ser identificados a partir de manifestações ou dimensões pelo seu caráter multifacetário no exercício da jurisdição constitucional. Nesse quadro, com base na análise dimensões trabalhadas sobre o ativismo e autocontenção, aliado a exposição realizada do resultado dos julgamentos escolhidos de ambos países, pretende-se verificar a posição de cada Corte/Supremo de Portugal e Brasil frente a esses institutos.

No contexto de Portugal, ultrapassado a apresentação dos argumentos das decisões, o presente tópico concentra-se no exame da atuação do Tribunal Constitucional Português, no exercício da jurisdição constitucional das normas orçamentárias aprovadas pelo Parlamento ou pelo Governo, na denominada jurisprudência em crise, que correspondem aos acórdãos de n.º 396/2011, 353/2012 e 187/2013. Esclareça-se que o trabalho tem a finalidade de proceder a análise dos casos selecionados, enquanto classificação do comportamento como ativista ou autocontida, o que não é suficiente a tornar imutável a postura do Tribunal com relação a um ou outro instituto.

Diante dessas coordenadas, inicia-se pelo primeiro caso emblemático consubstanciado pelo Acórdão nº 396/2011 que tratava da legitimidade na redução das remunerações dos funcionários públicos pela lei orçamentária. O TC, entendeu estarem observadas as exigências quanto a proporcionalidade da medida e pelo respeito ao princípio da igualdade contributiva³⁸⁶. Por outro lado, embora tenha reconhecido que o princípio da confiança tenha sido atingido com as medidas de austeridade dispostas na norma questionada, entendeu pela improcedência do

³⁸⁶ O TC utilizou-se da interpretação dos princípios para fundamentar as suas decisões. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida - O Constitucionalismo dos Princípios. In COUTINHO, Luís Pereira Coutinho; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, Coord. - **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos**. p. 81.

processo de fiscalização, ponderando pela prevalência do interesse público excepcional sobre os particulares, notadamente pela necessidade de redução do gasto público, sendo este último argumento repetido nos demais julgados³⁸⁷.

Em sequência, sobreveio uma mudança no entendimento do Tribunal no julgamento do Acórdão 353/2012, ao analisar a Lei orçamentária 64-B/2011, dentro conjuntura econômico-financeira excepcional, que propunha a manutenção das medidas de redução remuneratória já definidas no ano anterior (objeto de análise do Acórdão 396/2011) e a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal dos agentes públicos. Ao julgar as violações aos princípios da confiança, igualdade e proporcionalidade, o TC manteve justificável a prevalência do interesse público, porém foi decisivo em limitar a liberdade do legislador no corte das remunerações e pensões com a finalidade de alcançar o equilíbrio fiscal³⁸⁸.

Para justificar o seu argumento como distinto do apresentado no acórdão anterior que deliberou pela constitucionalidade da medida, o Tribunal analisou os limites do sacrifício impostos aos funcionários públicos com as novas medidas aplicadas. A partir desse raciocínio, reconheceu a violação à igualdade proporcional, ponderando que a redução excessiva da remuneração não pode ser exigida de uma categoria além do sacrifício razoável, o que levou a declaração de inconstitucionalidade dessa medida de controle político. A decisão inovou ao limitar os seus efeitos com base na segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional até o final do ano financeiro³⁸⁹. Nesse mesmo sentido, foram os argumentos do Acórdão 187/2013, entendendo pela proibição do arbítrio do legislador nos sucessivos cortes salariais, valorando que os direitos sociais estavam sendo violados na igualdade proporcional com a cumulação de sacrifícios por uma classe de trabalhadores.

Os três acórdãos apreciados traduzem uma evolução da jurisprudência constitucional portuguesa durante os anos de 2011, 2012 e 2013, quando foi provocado a se pronunciar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis que restringiam direitos fundamentais na denominada crise econômica. Nesse percurso, o Tribunal Constitucional, levou em consideração o contexto fático em decorrência da crise econômico-financeira. Iniciou com um período (Acórdão n.º 396/2011) mais contido, marcado por uma limitação de sua competência e uma postura tolerante com a validação da discricionariedade do legislador na adoção de medidas de austeridade com as reduções salariais, não interferindo em suas escolhas políticas

³⁸⁷Acórdão com o n.º 353/2012, de 20 de julho de 2012. Relator João Cura Mariano.

³⁸⁸ Idem – **Ibidem**.

³⁸⁹Para maior aprofundamento do argumento do TC no princípio da igualdade, ver ALEXANDRINO, José de Melo - **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. p. 86-87.

ao sopesar os princípios da confiança com o do interesse público, concedendo uma maior densidade a este último ao concluir por uma maior liberdade de conformação do legislador³⁹⁰.

Por outro lado, essa complacência do Tribunal Constitucional não foi observada em todas as suas manifestações sobre as leis do orçamento do Estado português que detinham novas medidas que relativizaram os direitos sociais, notadamente nos casos dispostos nos acórdãos de n.º 353/2012 e n.º 187/2013. Tais decisões foram marcadas por uma atuação mais incisiva da Corte face às políticas sociais, reduzindo a atuação do legislador nas suas opções políticas de manter o equilíbrio fiscal, utilizando como parâmetro constitucional o princípio da igualdade em sua dimensão proporcional, embora tenha mantido a persecução do interesse público, conferiu uma maior densidade na sua ponderação a proibição do arbítrio a vontade do legislador³⁹¹. Nestes casos, o Tribunal ainda inovou ao aplicar o art.º 282.º, n.º 4 da Constituição portuguesa³⁹², que prevê a modulação de efeitos da declaração da inconstitucionalidade da norma, remetendo para o futuro a sua eficácia.

Com efeito, quanto a postura do Tribunal Constitucional sobre as especificidades dos casos apresentados, verificou-se que a Corte mantém um equilíbrio na relação entre os poderes constituídos e um respeito à competência do Poder Legislativo quanto às políticas de controle da crise, bem como também não se mantém estático quanto a sua atuação. Verifica-se na apreciação das decisões, uma oscilação entre uma postura autocontida, sem interferências na legitimidade do legislador face à excepcionalidade do período de instabilidade fiscal, a uma atuação com maior protagonismo e ingerência no espaço de atuação do legislador, contrariando as suas medidas fiscais, aplicando e interpretando os princípios constitucionais de forma a conceder proteção e concretizar valores e direitos sociais.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, da mesma forma que foi procedida com o Tribunal Constitucional português, será confrontado as decisões judiciais representativas do Tribunal brasileiro com os conceitos extraídos das noções de ativismo e autocontenção examinadas neste trabalho para traçar uma compreensão da postura da atividade da corte no exercício do controle de constitucionalidade.

³⁹⁰ Sobre a trajetória da jurisprudência do TC no período estudado, ver URBANO, Maria Benedita - A jurisprudência da crise no divã. Diagnóstico: bipolaridade? In COUTINHO, Luís Pereira Coutinho; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, Coord. - **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Crítico**. p. 17.

³⁹¹ Para Luís Menezes Leitão, o TC adotou uma postura de reescrever a Constituição. Confira-se: LEITÃO, Luís Menezes - Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 1279-1280.

³⁹² Sobre a modulação dos efeitos utilizado nas decisões do TC, confira-se a crítica de Carlos Blanco de Moraes, em MORAIS, Carlos Blanco - As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In FELLET, André e NOVELINO, Marcelo, Coord. - **Constitucionalismo e Democracia**. p. 393.

No primeiro caso, destaca-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650-DF que tinha por objetivo afastar o dispositivo legal que permitia os financiamentos de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas a partidos e candidatos, mantendo-se somente as doações decorrentes de recursos públicos ou de pessoas físicas. O Supremo, conforme já apresentado neste trabalho, por maioria e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, julgou parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam o financiamento empresarial.

Em relação à decisão, destaca-se, na fundamentação do voto do ministro relator Luiz Fux inicia com uma para legitimar a atuação da Corte em atribuições do poder político no contexto de controle de constitucionalidade. Para isso, pontuou a necessidade de uma interferência do judiciário de forma mais ativa no sistema político, o que inclui a própria reforma política e o financiamento de campanha, como também pelos os riscos com a mudança nas regras do processo eleitoral legislador e os anseios da população, como forma de garantir os valores democráticos e constitucionais. Em sequência, verifica-se, ainda, que ao dispor sobre argumentos de moralidade (sobre arrecadação e corrupção eleitoral), o entendimento da corte na decisão ultrapassou a análise da compatibilidade do dispositivo legal com a constituição, ao demonstrar uma forte preocupação com os reflexos políticos na sociedade³⁹³.

Nessa senda, analisando a decisão da Corte, verifica-se que a controvérsia constitucional apontada na ADI 4650-DF, referia-se a uma matéria de competência de outro poder, no caso o Legislativo, ponderado pelo próprio relator em seu voto, o que de forma geral, não caberia a competência do Poder Judiciário, em razão da necessidade de amplo diálogo com a sociedade e os demais poderes constituídos. Entretanto, a Corte prosseguiu o julgamento, utilizando-se como argumento o seu papel institucional na defesa do Estado democrático de direito e da própria sociedade, deliberando sobre a temática e provocando uma grande mudança nas fontes de financiamento de campanhas eleitorais para as agremiações políticas e candidatos, impactando as eleições de 2016.

Na sequência dos julgados, tem a discussão sobre a verticalização das coligações partidárias. A problemática central se inicia com o Tribunal Superior Eleitoral, respondendo uma Consulta partidária sobre a interpretação a ser dada ao art. 6º da Lei 9504/9757 e, posteriormente editando a Resolução nº 20.993/2002 que estabelecia a simetria entre as coligações partidárias em nível regional e em nível nacional. Sobre essa temática, o STF apreciou a ADI nº 2.626 mantendo o entendimento do TSE, sob o argumento de que a decisão

³⁹³ SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 4650, de 25 de setembro de 2015. Relator Ministro Luiz Fux.

da justiça eleitoral se limitou a proceder com uma interpretação da norma e não usurpou as competências do Legislativo³⁹⁴.

A decisão do STF gerou uma reação político-partidária frente ao comportamento do judiciário, tendo os partidos articulado uma resposta rápida, através do Congresso Nacional, com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 52 (EC nº. 52/2006), que tinha como fundamento a autonomia partidária para estabelecer os critérios de escolha e o regime de suas coligações e a retirada verticalização do ordenamento jurídico brasileiro com vigência imediata. Diante desse contexto, o STF no julgamento da ADI nº. 3685, fundado no princípio da anterioridade eleitoral, manteve a verticalização de coligações, limitando-se para as eleições de 2006³⁹⁵.

Nessa esteira de julgamentos em torno da verticalização, merece destaque a mudança de postura do STF na interpretação conforme à Constituição. Percebe-se que no primeiro momento, a Corte quando chancela a Resolução do TSE que determinava a observância obrigatória da simetria nos arranjos políticos, não modula os efeitos da regulamentação, o que ensejou na sua aplicação imediata, resultando num comportamento mais ativista. Por outro lado, quando há a reação do Congresso Nacional com a aprovação da emenda constitucional que excluía do ordenamento jurídico a verticalização das coligações, o Supremo em sede de controle de constitucionalidade, sob o fundamento do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CRFB), impõe a sua validade após um ano de vigência. Com efeito, não se discute o acerto da decisão, notadamente que a Corte, embora tenha se manifestado sobre questões políticas, respeitou a decisão do parlamento que revogou a Resolução da Justiça Eleitoral, como também quanto aos efeitos, a supressão da verticalização partidária, de fato, violava a anualidade eleitoral o que justificava a sua aplicação posterior. Ocorre que na mesma temática, verifica-se que o STF modulou entre um comportamento mais ativista e depois limitado a interpretação constitucional, sem adentrar na competência dos demais poderes constituídos³⁹⁶.

Por último, tem-se mais um caso de interferência na atividade política pelo judiciário, com a análise da fidelidade partidária que discutia o direito de pertencimento do mandato parlamentar. Nessa decisão, a controvérsia constitucional teve origem a partir da deliberação do Tribunal Superior Eleitoral quando da apreciação da Consulta nº 1.398/DF, que resultou na criação de uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar, além do rol estabelecido no

³⁹⁴ Nesse sentido, o voto do Min. Luis Roberto Barroso sobre o papel do STF na sua função contramajoritária de representar os anseios da população no processo político. SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 4650, de 25 de setembro de 2015. Relator Ministro Luiz Fux.

³⁹⁵ SUPREMO Tribunal Federal -Acórdão com o n.º 3685, de 18 de agosto de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie.

³⁹⁶ Confira-se LIMA, Flávia Danielle Santiago - Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF – Op. Cit. p. 240-242.

artigo 55.º da CRFB e, posteriormente com a edição da Resolução n.º 22.610/2007, que disciplinava o respectivo procedimento de perda do mandato nos casos de desfiliação partidária, o que foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3685.

Observa-se que a partir do julgamento do MS 26.603/DF e da própria ADI 5081 julgada pelo Supremo Tribunal Federal em sede jurisdição constitucional, que confirmaram as decisões e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral de inovação no espaço político-partidário quanto aos efeitos de uma desfiliação partidária, com a criação de situações não previstas expressamente na constituição, podem ser interpretadas como uma postura mais ativa do judiciário no campo de atuação dos demais poderes constituídos. Sobre esse posicionamento da Corte, o Ministro Luís Roberto Barroso, explicou como uma manifestação atípica de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal³⁹⁷. Importante destacar que ao tempo do julgamento, havia um clamor da sociedade, como também uma necessidade de reforma política, aliado a uma inércia do legislativo em regulamentar a matéria.

Nesse contexto, verifica-se que o Tribunal Superior Eleitoral cancelado pela última palavra do Supremo Tribunal Federal em interpretação constitucional, adotam um comportamento voltado ao ativismo, na forma de legislador positivo em sua decisão, utilizando-se do método de mutação constitucional, ao uma criar hipótese de perda de mandato, bem como referendar uma resolução eleitoral que estabelecia um rito processual para o novo caso de perda de mandato parlamentar³⁹⁸.

Com efeito, verificou-se no início do capítulo os parâmetros da doutrina jurídica, embora não unânimes quanto às dimensões do ativismo e autocontenção judicial. É de se destacar, todavia, que a atuação sob a égide de qualquer dos institutos não implica em validade ou invalidade jurídica do julgamento da Corte, mas contribui para identificar e qualificar as posturas dos Tribunais nos seus diversos posicionamentos.

Avaliando-se as decisões do Tribunal Constitucional Português, no período de enfrentamento de crise econômica e sobre políticas sociais, verifica-se que a Corte não ultrapassou a sua jurisdição constitucional (buscando uma alternativa ativista), como também não silenciou quanto à concretização de direitos fundamentais. Extrai-se do resultado dos julgamentos, uma postura equilibrada do Tribunal, com respeito a vontade do legislador na escolha de políticas públicas no controle da crise econômica e na salvaguarda dos direitos sociais, o que pode ser vislumbrado nas decisões que, ora julgou inconstitucionais disposições

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática – **Op. Cit.** p. 23-32.

³⁹⁸ Sobre a nova categoria de perda de mandato criada pelo TSE e STF, conferir VIEIRA, Oscar Vilhena – Supremocracia – **Op. Cit.** p. 455.

das Leis do Orçamento, afastando a norma a partir de uma a ofensa pontual ao direito fundamental objeto da controvérsia constitucional.

No Brasil, por sua vez, vislumbra-se pelo exame das decisões, uma maior propensão para a atividade proativa do Supremo Tribunal Federal, que tem atuado como um legislador negativo ou como legislador positivo na jurisdição constitucional, especialmente quanto aos temas que geraram uma interferência na política partidária, utilizando-se da interpretação da Constituição de forma a contemplar situações não previstas no seu texto, como na decisão sobre a fidelidade partidária. Por outro lado, a Corte, mesmo que inicialmente adote uma postura ativista, posteriormente, nas suas deliberações tem buscado a construção de um diálogo com os demais poderes constituídos, a exemplo do voto do Relator no julgamento do financiamento de campanha eleitoral – ADPF 4650/DF. Frente ao que foi exposto, atribui-se essa atuação mais expansiva do Supremo no exercício da jurisdição constitucional a facilidade do ordenamento jurídico brasileiro na ocorrência da judicialização da política, bem como na amplitude de instrumentos de jurisdição que conferem permitir amplos poderes ao judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.

Diante da análise das decisões escolhidas para a investigação, referentes ao Tribunal Constitucional português e o Supremo Tribunal Federal, a partir das prescrições jurídicas sobre o tema, chega-se à conclusão que o comportamento do Tribunal brasileiro se encontra mais propenso a prática do ativismo judicial com base nessas decisões pontuais. Por outro lado, do lado português, a partir da evolução dos julgados, permite-se concluir que, embora, o Tribunal Constitucional português tenha exercido a jurisdição constitucional em tempos de crise econômica e no campo de atuação da política, bem como tendo observado esse contexto fático no decorrer dos julgamentos, as suas apreciações na defesa dos direitos fundamentais foram exercidas dentro da competência constitucional e de forma ponderada.

CONCLUSÃO

O controle judicial de conformidade das leis com a constituição, historicamente, dividiu-se entre o modelo difuso ou norte-americano e o modelo concentrado ou austríaco-europeu. São esses os sistemas, respectivamente, fiscalização jurisdicional, referente ao modelo difuso ou estadunidense (*judicial review*) e fiscalização jurisdicional concentrada, concepção ao modelo concentrado ou austríaco-kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) ou europeu. Por outro lado, essa categorização entre dois modelos antagônicos, bem como as suas características originárias que marcam cada um, vem sendo relativizada e convergido para uma aproximação entre os sistemas, resultando em um paradigma misto ou híbrido.

Após a análise de cada concepção tradicional e pura, verificou-se a presença de ambos os sistemas com peculiaridades nos ordenamentos português e brasileiro, resultando num sistema de fiscalização misto ou híbrido. Em Portugal, de acordo com o que prescrevem os arts. 204 e 221º. e segs. e 278 da CRP, cabe a fiscalização aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional, este último órgão, supremo e guardião da Constituição. A competência do Tribunal Constitucional português é diferenciada em comparação aos demais sistemas com tribunal constitucional, uma vez que no modelo português cabe a apreciação direta sobre (in)constitucionalidade por todos os órgãos jurisdicionais com recurso àquela Constitucional, enquanto no modelo tradicional europeu essas questões não são decididas por tribunais comuns e são julgadas diretamente pelo Tribunal Constitucional.

Assim como ocorreu em Portugal, também no Brasil, tem-se adotado um modelo com aproximação entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Desse modo, o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, na qual a atribuição é confiada à corte constitucional, mediante ações diretas de constitucionalidade. Acrescente-se que, o Supremo Tribunal Federal é o órgão incumbido de guardar e zelar pela Constituição. Com a Carta de 1988, adveio a ampliação de rol de legitimados para ingressar com o controle concentrado de constitucionalidade e com acesso facilitado pela forma difusa.

Nesta modalidade, ressalvadas outras hipóteses de acesso, a exemplo da competência recursal ordinária (nas ações de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e o mandado de injunção), a via mais utilizada para esse controle no STF é pelo recurso extraordinário, conforme o art. 102, III e § 3º da CRFB. Após uma exposição perfunctória do controle jurisdicional em Portugal e no Brasil, importante a análise em torno do ativismo e da

autocontenção, a partir da atuação do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a investigação delimitou a definição desses institutos e o seu enquadramento na justiça constitucional.

O termo ativismo judicial teve o seu berço no direito norte-americano a partir de crítica à atuação discreta do judiciário, porém, essa concepção passou ser a visualizada em outros ordenamentos jurídicos. Ocorre, porém, que não há um conceito unívoco para a expressão “ativismo judicial”, o que foi necessário diante das várias dimensões apresentadas na doutrina jurídica estabelecer uma definição para proceder a análise das decisões selecionadas de ambas as cortes constitucionais objeto de estudo. Em linhas gerais, o ativismo judicial consiste no protagonismo jurisdicional na interpretação da constituição, expandindo a sua esfera de atuação e interferindo na competência dos demais poderes (Legislativo e Executivo). Nesse cenário, Luís Roberto Barroso, apresenta o ativismo como uma escolha do judiciário em interpretar a constituição e aplicar o direito positivo com uma postura proativa, expandindo-se o seu alcance com a finalidade de efetivar preceitos constitucionais³⁹⁹. Por outro lado, Joana Machado entende que a prática do ativismo pelas cortes constitucionais é uma forma de monopólio do judiciário em ser o detentor da última palavra sobre questões que envolvam política e submetidas a sua apreciação.

A autocontenção, por sua vez, também tem a sua origem no constitucionalismo norte-americano com a decisão no caso *Marbury x Madison* (1803), em que fundamentou pela a proteção da constituição, porém sem a interferência do tribunal na esfera de outros poderes. A doutrina da autorrestrição (ou autocontenção) judicial defende uma atuação jurisdicional ponderada, limitando o poder criativo na interpretação constitucional, sem implicar na usurpação das funções atribuídas aos demais poderes⁴⁰⁰. A partir dessa definição, verifica-se o sentido contrário ao ativismo judicial, pois na deferência judicial a postura do judiciário não tem destaque em matérias que situam na competência dos outros dos outros poderes. Por outro lado, assim como no ativismo judicial, a definição da “autocontenção judicial” apresenta-se com diversos sentidos, o que impôs uma digressão sobre a temática.

Nessa senda, conforme examinado, os ordenamentos brasileiro e português integram ao sistema jurídico *civil law*, ou seja, recepcionaram as normas do direito romano-germânico, que apresenta a função do judiciário em interpretar e aplicar normas existentes e produzidas pelo legislativo. Apesar disso, as cortes constitucionais (incluindo TCP e STF) possuem a

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto – Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática -**Op. Cit.** p. 23-32.

⁴⁰⁰ LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes - Autocontenção à brasileira? uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo (a) s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**. p. 221-247.

competência de dar a última palavra em questões constitucionais, o que no exercício de garantia da supremacia da constituição, o judiciário assumiria um papel mais criativo além da mera interpretação constitucional com a finalidade de salvaguardar o Estado Constitucional Democrático e concretizar direitos e garantias fundamentais.

Há, portanto, duas concepções visivelmente opostas. Por outro lado, o juiz constitucional não deve, sob o argumento de proteger a constituição e concretizar direitos, intervir em matérias pertinentes aos outros poderes, ultrapassando a sua competência. Assim como, o judiciário não deve assumir uma postura passiva de mero aplicador da vontade do legislador. Esse equilíbrio entre o protagonismo e a autolimitação deve ser observado pelo judiciário, especialmente pelo respeito ao princípio democrático e da separação dos poderes.

Após a conceituação e diferenciação dos termos ativismo judicial e autocontenção judicial, bem como as características referentes aos modelos português e brasileiro de controle de constitucionalidade a pesquisa concentrou nas decisões prolatadas pelo Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de identificar se a Corte Constitucional que detém a prerrogativa de guarda da Constituição e do controle de constitucionalidade das leis, estavam sujeitas à ocorrência do fenômeno do ativismo e da autocontenção judicial.

Do lado português, verificou-se uma transformação na jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional, no período da crise financeira que atingiu o país, tendo aquela Corte no exercício do controle declarado a inconstitucionalidade de leis orçamentárias que previam cortes dos subsídios dos funcionários públicos. Ressalte-se que algumas das decisões tomadas contribuíram para um protagonismo jurisdicional na concretização da constituição, interferindo em atos dos outros poderes democraticamente eleitos com a finalidade de garantir a eficácia da constituição⁴⁰¹.

No Brasil, analisou-se algumas representativas decisões do STF que marcaram uma mudança jurídica, social e política do país, colocando a corte em papel de ênfase na efetivação de direitos constitucionais. Um exemplo emblemático de protagonização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi o julgamento que determinou a denominada “fidelidade partidária”, cujo efeito foi a criação de uma nova causa de perda do mandato parlamentar, a par das existentes na legislação constitucional.

Com base na análise das decisões paradigmáticas proferidas pelas Tribunal Constitucional em Portugal e do STF no Brasil, a pesquisa analisou o papel do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal, nos cenários político-institucionais

⁴⁰¹ Em referência aos Acórdãos de n.º 353/2012 e n.º 187/2013.

desses países, e com base nas construções doutrinárias sobre o fenômeno do ativismo e da autocontenção judicial como elementos da jurisdição constitucional, identificou o comportamento do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade. Nesse sentido, verificou-se que com relação ao Tribunal Constitucional, apesar do contexto de jurisprudência em crise, o seu comportamento não atuou com supremacia judicial ativista, podendo até ser enquadrado como uma corte mais autocontida ou equilibrada no exercício jurisdicional. Por outro lado, nas decisões analisadas do Supremo Tribunal Federal, verificou-se uma interação entre o protagonismo e a autolimitação judicial nas questões políticas submetidas a Corte.

Por fim, após os elementos anteriormente colhidos na investigação, conclui-se que a par das diferenças pontuais decorrente da singularidade dos ordenamentos, o sistema luso-brasileiro de fiscalização e pela análise pontual da jurisprudência selecionada nesta investigação, o Tribunal brasileiro tem uma maior propensão ao protagonismo judicial, em comparação ao Tribunal Constitucional Português.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fontes Documentais

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** in: *Vademecum*: Acadêmico de direito. São Paulo: Rideel. 2019. 2250 p. ISBN 9788533954441.

CÓDIGO de Processo Civil: Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Senado, 2017. 255 p ISBN: 978-85-7018-710-9.

CONSTITUIÇÃO Política da República Portuguesa. **Diário do Governo, Série I**. [Em linha]. N.º 195 (21-08-1911). p. 3525-3528. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/608006/details/normal?jp=true>.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 155 (12-08-2005), p. 4642-4685. Disponível em <https://dre.pt/application/file/243653>.

LEI n.º 11.417/06. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. N.º 243 (19-12-2006), p. 1. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=20/12/2006>

LEI n.º 28/1982. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 264 (15-11-1982), p. 3822. Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/626985/details/normal?p_auth=RP3ygjsq.

LEI n.º 221/1989. **Diário Oficial da União, Seção I**. [Em linha]. (20-11-1984), p. 16. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-norma-pl.html>.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa Relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o n.º 396/11, de 23 de setembro de 2011. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.

MARIANO, João Cura. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o n.º 353/12, de 20 de julho de 2012. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

CADILHA, Carlos Fernandes. - Acórdão do Tribunal Constitucional Português, com o n.º 187/2013, de 05 de abril de 2013. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

FUX, Luiz. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com n.º 4650, de 25 de setembro de 2015. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>.

RESOLUÇÃO (TSE) 20.993/2002. **Diário de Justiça da União**. [Em linha]. (26-02-2002), p. 39. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2008/resolucao-no-22-993-de-19-de-dezembro-de-2008?texto=compilado>.

RESOLUÇÃO (TSE) 22.526/2007. **Diário de Justiça da União**. [Em linha]. (27-03-2007), p. 143. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2007/resolucao-no-22-526-de-27-de-marco-de-2007>.

RESOLUÇÃO (TSE) 22.610/2007. **Diário de Justiça da União**. [Em linha]. (25-10-2007), p. 11. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2007/resolucao-no-22-610-de-25-de-outubro-de-2007?texto=compilado>.

SANCHES, Sydney. - Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com n.º 2626, de 18 de abril de 2012. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266863>.

ELLEN, Gracie. - Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com n.º 3685, de 18 de agosto de 2006. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2367564>.

BARROSO, Roberto. - Acórdão do Supremo Tribunal Federal, com n.º 5081, de 27 de maio de 2015. [Em linha]. [Consult. 21 jun. 2023]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307494137&ext=.pdf>.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício - Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites. Neoconstitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: IHJ. V. 15, n.º. 2 (2004), p. 75-97.

ALEXANDRINO, José de Melo - O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. **O Direito**. Coimbra. [Em linha]. V. 142 (2010), p. 865-883. [Consult. 12 de set. 2019]. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-O-papel-dos-tribunais-na-protecao-dos-direitos-fundamentais-dos-cidadaos.pdf>.

ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo, in Perspectivas de Reforma constitucional em Portugal e no Brasil**. Lisboa: Almedina, 2012. p. 250- 260.

ALEXANDRINO, José de Melo - **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. Lisboa: Principia, 2011. 176 p. ISBN 9789897160325

AMARAL, Maria Lúcia - Problemas da "judicial review" em Portugal. **Themis: Revista de direito**. Coimbra: Almedina. ISBN 972-40-2340-0. V. 6, n.º 10 (2005), p. 67-90.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros - **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Edições Câmara, 2013. 139 p. ISBN 9788540201118.

ARAÚJO, António de; BRITO, Luís Miguel Nogueira de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da - **As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias**. In: XII Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, [Em linha]. Bruxelas, 2002. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em: <https://www.confeconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf>.

BACHOF, Otto -Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. 56 (1980)], p. 11-13.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira - Teoria geral das formas políticas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Editora Universidade Federal de Minas Gerais. V. 29, n.º 26 (1983), p. 56-79.

BARBOSA, José Carlos Moreira - **Comentários ao código de processo civil 5**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 777 p. ISBN 9788530928995. p.29-30.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz - A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. [Em linha]. V. 13, n.º 13 (2013), p. 42-63. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/295>.

BARCELOS, Ana Paula - Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. [Em linha]. N.º 240 (2005), p. 83-105. [Consult. 20 jun. 2022]. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

BARROSO, Luiz Roberto - **Controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2019. 488 p. ISBN 978-8553610686.

BARROSO, Luís Roberto - Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**. [Em linha]. V. 18, n.º 3 (2013), p. 864-939. ISSN 2317-2150. [Consult. 11 set. 2019]. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2813/pdf>.

BARROSO, Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Editora saraiva, 2019. 528 p. ISBN 978-85-536-1011-2. p. 131-137.

BARROSO, Luís Roberto - **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. [Em linha]. São Paulo: [sn], 2014. ISSN 1983392. [Consult. 15 outubro. 2019]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo da FGV**. [Em linha]. N.º 40 (2005), p. 1-42. [Consult. 20 jun. 2022]. Disponível em <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BARROSO, Luís Roberto - **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2016. 426 p. ISBN 978850262926-4.

BARROSO, Luís Roberto - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. Fortaleza: Suffragium. V. 5, n.º. 8 (jan. – dez.2009), p. 23-32.

BERCOVICI, Gilberto - **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. 275 p. ISBN 8588338440. p.65-71.

BERMUDES, Sérgio - **A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional Nº. 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional Nº. 45, de 8 de dezembro de 2004**). Rio de Janeiro: Editora. Forense, 2005. 176 p. ISBN 9788530922047. p. 57-58.

BINENBOJM, Gustavo – **A nova Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 316 p. ISBN 9788571477728. p. 30-31.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio - **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1949. 166 p. p. 39-40.

BOBBIO, Norberto - **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 179 p. ISBN 8523001913. p. 39-65.

BOBBIO, Norberto - **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, 255 p. ISBN 85-230-0458-0. p. 233-234.

BONAVIDES, Paulo - **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2005. 500 p. ISBN 85-742-0651-2. p.142-143.

BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes - **História constitucional do Brasil**. Brasília: Editora Universidade Portucalense, 2003. 949 p. ISBN 9788587260219. p.249-251.

BONAVIDES, Paulo - **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999. 379 p. ISBN 8574201332. p.268-269.

BONAVIDES, Paulo - A evolução constitucional do Brasil. **Revista Estudos avançados**. São Paulo: Universidade de São Paulo. ISSN 0103-4014. V. 14, nº40 (set. –dez. 2000), p. 153-176.

BRANDÃO, Rodrigo - **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 409 p. ISBN 978-85-309-8440-841-2.

CAETANO, Marcelo - **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional - Tomo I**. Coimbra: Almedina, 2003. 406 p. ISBN 97-240-0517-8. p.192-195.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 383 p. ISBN 9788530956653.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

CANON, Bradley - Defining the Dimensions of Judicial Activism. **Judicature**. ISSN 0022-5800. V. 66, nº. 6 (dez. –jan.1983), p. 236-247.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. 1521 p. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa: anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. 1152 p. ISBN 9789723222869.

CANOTILHO, José Joaquim et al - **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. 2504 p. ISBN 978-855317264. p. 2725-2726.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues - O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional. **Aletheia: Cuadernos Críticos Del Derecho**. [Em linha]. ISSN 1887-0929. N.º 2 (2009), p. 82-101. [Consult. 01 ago. 2022]. Disponível em https://www.academia.edu/28698059/O_modelo_portugu%C3%AAs_de_justi%C3%A7a_constitucional_Exposi%C3%A7%C3%A3o_valora%C3%A7%C3%A3o_cr%C3%ADtica_e_po%C3%ADveis_contributos_para_um_modelo_europeu_de_justi%C3%A7a_constitucional.

CAPPELLETTI, Mauro - **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. 142 p. ISBN 978-85-752-5140-9.

CARNEIRO, Cláudio – **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal**. Salvador: Juspodivm, 2017. 240 p. ISBN 978-85-442-1925-6.

CARVALHAL, Ana Paula -**Crise econômica e redução dos salários em Portugal. Observatório Constitucional**. [Em linha]. CONJUR, 2012. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-03/observatorio-constitucional-crise-reducao-salarios-portugal>.

CERQUEIRA, Marcello – **A constituição na história. Origem e reforma**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 868 p. ISBN 9788571063419. p. 43- 442

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua - **Tratado de direito eleitoral**. São Paulo: Premier Máxima, 2008. 1048 p. ISBN 9788578770235.

CLÈVE, Clemerson Merlin. - **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 325 p. ISBN 8520318827

CORREIA, Fernando Alves - **Direito Constitucional. A Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2002, 154 p. ISBN 9789724017334.

CORRÊA, Oscar Dias - **Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CORRÊA, J. Rossini - **Crítica da razão legal**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. 316 p. ISBN 8587984934. P. 19-20.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da - **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 120 p. ISBN: 9789724032535.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. - **Algumas reflexões em torno da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 202 p. ISBN 972-32-0906-3.

COUTINHO, Pedro -"Crise, disse ela": A jurisprudência da crise do tribunal constitucional português - uma visão panorâmica. **Revista Julgar**. Coimbra: Editora Almedina. N° 34 (jan. – abril.2018), p. 87 – 99.

COUTINHO, Francisco Pereira. A Natureza Jurídica dos Memorandos da 'Troika'. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. Lisboa: UNL. Ano 13, n.º 24/25 (2013), p. 147-179.

DALLARI, Dalmo de Abreu - **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p. ISBN 8502020234. p. 10-20.

DANTAS, Ivo - **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010. 468 p. ISBN 978-8536226927. p. 177-179.

DIMOULIS, Dimitri - Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competências. In FRANCISCO, José Carlos, Coord. - **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 490 p. ISBN 8538402447. p. 261-277.

FALCÃO, Paula Margarida Tavares - **Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2014. 72 fls. Dissertação de Mestrado em Direito.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004. 131 p. ISBN 8576290197. p.17-18.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves - **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2018, 1840 p. ISBN: 9788544217542. p. 1564-1566.

FERNÁNDEZ, Segado Francisco - La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: **La giustizia costituzionale nel XXI secolo**. Madrid: CLUEB, 2010. 116 p. ISBN 978-884-913-078-2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - **Princípios Fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. 306 p. ISBN 9788502085633. p. 255-256.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves - **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997. 540 p. ISBN 8502023624. P. 486-487.

FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da; DOMINGOS, Inês - **Breviário de direito processual constitucional: recurso de constitucionalidade: jurisprudência, doutrina, formulário**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, 211 p. ISBN: 9723211157. p. 25-26

GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. 296 p. ISBN 8598030937. p. 18-19.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de Direito Constitucional. Volume II**. Lisboa: Almedina, 2016. 1425 p. ISBN 978-972-40-6796-4. p.1267-1273.

GRAU, Eros Roberto - **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROHMANN, Luis Gustavo - A separação de poderes em países presidencialistas. A América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia Política**. [Em linha]. N.º 17 (2001),

p. 75-106. [Consult. 01 jul. 2022]. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3598/2855>.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON James - **Os federalistas**. Belo Horizonte: Líder, 2003. 502 p. ISBN 8588466325.

KELSEN, Hans - A garantia jurisdicional da Constituição. **Revista Direito Público**. Brasília: IOB Editora. ISSN 1806-8200. V. 1, n.º 1 (jul.-set.2003), p.91-130.

KELSEN, Hans - **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p. ISBN 9788533614734.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of" judicial activism". **California Law Review**. [Em linha]. N.º 5, V. 92 (2004), p. 1441-1477. [Consult. 27 jan. 2023]. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>.

KETCHAM, Ralph - **Escritos Antifederalistas y Debates de la Convención Constitucional de EE.UU.** Barcelona: Hacer, 1996. ISBN 84-88711-26-3.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly; BARATTO, Márcia - Sobre o Judiciário e a Judicialização. In MOTTA, Luís Eduardo Pereira da; MOTA, Maurício, Coord. -**O Estado Democrático de Direito em Questão**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010. 400 p. ISBN 9788535241839. p.152-153.

KRAMNICK, Isaac - **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. 528 p. ISBN 85-209-0476-9.

LEAL, Saul Tourinho - **Ativismo ou Altivez?: o outro lado do STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 213 p. ISBN 9788577002948.

LEAL, Roger Stiefelmann - **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. 208 p. ISBN 8502055917. p. 10-11.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes -Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Vol. 1 (Jan. -Mar. 2012), p. 359-420.

LEITÃO, Luís Menezes -Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 71, IV (out. -dez. 2011), p. 1227-1285.

LENZA, Pedro - **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013. 1632 p. ISBN 978-8547229474. p. 289-290.

LIMA, Flávia Danielle Santiago - **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. 380 p. ISBN 978853624851-6.

LIMA, Flávia Danielle Santiago - A separação de poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu. **Revista da AGU**. [Em linha]. V. 6, n.º 12 (Jan. -Abr. 2007). ISSN 2525-328. [Consult. 12 de set. 2019]. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/390/87>.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley -Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo (a) s

do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**. [Em linha]. N.º 5 (2018), p. 221-247. [Consult. 20 jun. 2023]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hcqkLTTLsNF978NGqhY4SCM/?lang=pt>.

LIMA, Francisco Gérson Marques de - **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001. 388 p. ISBN 8587653830. p. 48-51.

LOCKE, John - **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Editora Vozes, 1994. 312 p. ISBN 85-326-1240-7. p.171-172.

MARSHALL, William P - Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**. [Em linha]. N.º 73 (2002), p. 101-140. [Consult. 27 jan. 2023]. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266>.

MCWHINNEY, Edward - The great debate: Activism and self-restraint and current dilemmas in judicial policy-making. **NYUL Rev**. [Em linha]. N.º 33 (1958), p. 775-795. [Consult. 19 jul. 2023]. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/217206002.pdf>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco -**Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 2882 p. ISBN 9788547231132.

MENDES, Gilmar Ferreira - O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Caderno Virtual**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. ISSN 1981-3759. V. 2, N.º 08, (2004), 23 p.

MENDES, Gilmar Ferreira - **O controle de constitucionalidade no Brasil**. [Em linha]. [sl]: [sn], 2014. [Consult. 15 out. 2019]. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/control_de_constitucionalidade_v__Port1.pdf

MENDES, Gilmar Ferreira – **Direito Constitucional**. Módulo V. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. 427 p. p.55-56.

MENDES, Gilmar Ferreira- **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 2005. 552 p. ISBN 9788502209800. p. 21-22.

MIRANDA, Jorge - **Manual de direito constitucional. Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. 401 p. ISBN 978-972-32-2118-3.

MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 546 p. ISBN 8530916794.

MIRANDA, Jorge – Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In Legitimidade e legitimação da justiça constitucional - **Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional**, 28 e 29, 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 91-92.

MIRANDA, Jorge - Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. **Revista Interesse Público**. São Paulo: Notadez. V. 5, n.º 18 (mar. –abr.2003), p. 34-49.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat - **Do espírito das leis - Trad. Jean Melville**. São Paulo: Martin Claret, 2002. 727 p. ISBN 978857232460.

MORAES, Alexandre de - **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017. 666 p. ISBN 978-85-97-01129-6. p.248-528.

MORAES, Alexandre de - **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, 337 p. ISBN 978-85-224-7831-6. p.245-246.

MORAES, Alexandre de - **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. 2544 p. ISBN 9788522474813. p. 1470-1471.

MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito Constitucional. Tomo I**. Coimbra: Almedina, 2018. 532 p. ISBN 9789723223385. p. 291-292.

MORAIS, Carlos Blanco – **Curso de Direito Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Almedina, 2018. 734 p. ISBN 9789724076676.

MORAIS, Carlos Blanco - **Justiça Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 550 p. ISBN 9789723219234.

MORAIS, Carlos Blanco - As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In FELLET, André e NOVELINO, Marcelo, Coord. - **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. 682 p. ISBN 8577618072.

MORAES FILHO, José Filomeno de - Separação de Poderes no Brasil Pós-88: princípio constitucional e práxis política. In **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. ISBN 8573873744.

MOREIRA, Vital - A Fiscalização Concreta no Quadro do Sistema Misto de Justiça Constitucional. **Revista Direito Público**. Brasília: IOB Editora. ISSN 1806-8200. N.º 3 (Jan.-Mar.2004), p.62-88.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; DA COSTA, Yvete Flavio - A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória/ES: Faculdade de Direito de Vitória. V. 17, n.º 1 (jan. – jun. 2016), p. 111-134.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 2845 p. ISBN 9788520359402. p. 1372-1373.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica**. Lisboa: AAFDL Editora, 2019. 195 p. ISBN 9788726292937.

NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. 207 p. ISBN 97897240 58252.

OLIVEIRA, Ana Carolina - Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. **Revista Direito Público**. Brasília: IOB Editora. ISSN 1806-8200. V. 12, n.º 64 (jul.-ago.2015), p.110-126.

OTERO, Paulo - **Direito Constitucional Português. Tomo II.** Coimbra: Almedina, 2010. 662 p. ISBN 978-9724041858. p. 13-14.

PÁDUA, Thiago Santos Aguiar; FERREIRA, Fábio Luiz Bragança -Entre o Tribunal e o Parlamento: a atualidade das lições dos casos de verticalização e fidelidade partidárias no contexto do papel das instituições na Reforma Política. **Revista da AGU. Brasília: Advocacia-Geral da União.** V. 14, n.º. 4 (out. –dez. 2015), p. 231-270.

PALU, Oswaldo Luiz - **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 271 p. ISBN 8520320333. p. 78-79.

PIÇARRA, Nuno - **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989. 281 p. ISBN 97-232-0373-1.

POSNER, Richard A - The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review.** [Em linha]. N.º 519 (2012), p. 519-556, 2012. [Consult. 20 jan. 2023]. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/23249564>

PIRES, Alex Sander Xavier - Ativismo judicial e judicialização da política: contributo propositivo no âmbito dos trinta anos da Constituição Federal do Brasil. In ROSÁRIO, Pedro Trovão do Rosário; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise, Coord. - **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade.** Curitiba: Juruá, 2019. 402 p. ISBN 978-853-628-552-8.

RAMOS. Elival da Silva - **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. 349 p. ISBN 9788502622265.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; ROSÁRIO, Pedro Trovão Do; VIANA, Pedro Nilson Moreira - Uma abordagem conceitual da teoria do diálogo institucional na jurisdição constitucional portuguesa. **Galileu: Revista de Direito e Economia.** Lisboa: Editora da Universidade de Lisboa. ISSN 2184-1845. V. 20, n.º 1 (jan. –jun.2019), p. 7-36.

RANGEL, Paulo Castro - **Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos.** Porto: Publicações Universidade Católica, 2001. 363 p. ISBN 972-8069-45-06.

REGO, Carlos Lopes do - **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional.** Coimbra: Almedina, 2010. 336 p. ISBN 9789724040424. p. 299-300.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos - Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. **Revista de Processo.** São Paulo: Revistas dos Tribunais. ISSN 0034-9275. Ano 33, n.º. 164 (out. 2008), p. 57-83.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida - O Constitucionalismo dos Princípios. In COUTINHO, Luís Pereira Coutinho; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, Coord. - **O Tribunal Constitucional e a Crise : Ensaios Críticos.** Coimbra: Almedina, 2014. 288 p. ISBN 9789724057040.

ROSA, André Vicente Pires - **Las omisiones legislativas e su control constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 496 p. ISBN 8571475814. p. 288-289.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O recurso constitucional de Amparo. **JURISMAT: Revista Jurídica.** [Em linha]. N.º 1 (2012). p. 43-63. [Consult. 20 de set. 2019]. Disponível em

<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/3871/O%20Recurso%20Constitucional%20de%20Amparo.pdf?sequence=1>.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do - Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo?. **Revista de Derecho UNED**. [Em linha]. N.º 16 (2015), p. 713-740. [Consult. 11 set. 2019]. Disponível em <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389>.

SANTOS, Ana Catarina - **Papel Político do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 440 p. ISBN: 9789723219012. p.214-215.

SCHWARTZ, Bernard - **A history of the Supreme Court**. Oxford:Oxford University Press, 1995. 480 p. ISBN 9780195093872. p.30-33.

SILVA NETO, Manoel Jorge - **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1292 p. ISBN 9786555105896. p. 371-372.

SILVA, José Afonso da - **Curso de direito constitucional positivo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. 936 p. ISBN 8539203189. p. 555-556.

SILVEIRA, Paulo Fernando - **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 199 p. ISBN 8573083662. p. 91-95.

SHARON, Krause - **The Spirit of Separate Powers in Montesquieu. The Review of Politics**. [Em linha]. V.62, (2000), p. 231-265. [Consult. 01 jul. 2022]. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1408037>.

SCHMITT, Carl - **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 252 p. ISBN 8573088869. p.55-56.

SOARES, José de Ribamar Barreiros -**Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Brasília: Programa de Pós-graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), 2010. Programa de Pós-graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010. 205 fls. Tese de Doutorado.

SOARES, Mário Lúcio Quintão - **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566 p. ISBN 8573084731. p. 290-291.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto - **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.166 p. ISBN 8588680777. p.68-69.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel - **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. 631 p. ISBN 9788577005925. p. 190-195.

STRECK, Lenio Luiz -**Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. 551 p. ISBN 978-85-309-7938-6.

STRECK, Lenio Luiz - Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**. Itajaí: Univali Editora. ISSN 2175-0491. V. 8, n.º 2 (jun. 2003), p. 258-295.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn - **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997. 570 p. ISBN 9780814782279. p.13-14.

TAVARES, André Ramos - **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. 1039 p. ISBN 9788547216306.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski - Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**. [Em linha]. N.º 18 (2012), p. 37-57. [Consult. 20 Maio. 2023]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/>

TOCQUEVILLE, Alexis - **Democracia na América: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 429 p. ISBN 853361151. p. 130-131.

URBANO, Maria Benedita - **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. 172 p. ISBN 978-972-40-6194-8.

URBANO, Maria Benedita - “Criação judicial” e “ativismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: **TRIBUNAL Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976**. Lisboa: Coimbra, 2012. 41 p. V. 2, p. 7-8.

URBANO, Maria Benedita - A jurisprudência da crise no divã. Diagnóstico: bipolaridade? In COUTINHO, Luís Pereira Coutinho; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, Coord. - **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. 288 p. ISBN 9789724057040.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar - **A separação dos poderes na Constituição Norte Americana**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 116 p. p. 23-32.

VAZ, Manoel Afonso Vaz; BOTELHO, Catarina Santos; CARVALHO, Raquel; FOLHADELA, Inês – **Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português**. Porto: Universidade Católica Editora, 2015. 288 p. ISBN 978-989-8366-931. p. 160-165.

VERBICARO, Loiane Prado - Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo: FGV Direito. ISSN 2317-6172. Vol. 4, n.º 2, (2008), p. 389-406.

VERISSIMO, Marcos Paulo - A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial" à brasileira". **Revista Direito GV**. São Paulo: FGV Direito. ISSN 2317-6172. Vol. 4, n.º 2, (2008), p. 407-4.

VIEIRA, Oscar Vilhena - **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002. 233 p. ISBN 8574203165.

VIEIRA, Oscar Vilhena – Supremocracia. **Revista Direito GV**. [Em linha]. N.º 4 (2008), p. 441-463. [Consult. 20 jan. 2022]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/abstract/?lang=pt>.

VIVEIROS, Mauro - **El control de constitucionalidad brasileño. Un modelo híbrido o dual?** Sevilla: Editorial Acadêmica Espanhola, 2012. 508 p. ISBN 978-3847350408.

WEFFORT, Francisco - **Os clássicos da política: I.** São Paulo: Ática, 1997. 281 p. ISBN 9788508149797. p.119-120.

ZAGREBELSKY, Gustavo - **Historia y Constitución.** Madrid: Mínima Trotta, 2008. 156 p. ISBN 9788498792119. p. 34-36.

ZANETI JR., Hermes - **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Revista Ampliada. Salvador: JusPodivm, 2016. 494 p. ISBN 9786556802220.

ZIPPELIUS, Reinhold - **Teoria Geral do Estado.** Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 599p. ISBN: 9723107619. p. 367-462.